This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

Jur. is. 152 hc

Revue

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Président du Sénat,
Premier président de la Cour de cassation.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Conseiller
à la Cour de cassation.

Anciens Directeurs de la Revue critique et de la Revue de législation;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

BONJEAN
Président de la Cour de cassation,
Sénateur.

L. DE VALROGER
Professeur d'histoire du droit
à la Faculté de Paris.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit
de Paris.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Rouland, gouverneur de la Banque de France; **Delangle**, procureur général à la Cour de cassation; **de Royer**, premier président de la Cour des comptes; **Giraud**, inspecteur général des Facultés de droit; **Ortolan**, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Demolombe**, doyen de la Faculté de droit de Caen; **Molinier**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; **Dufour**, **Mimerel**, avocats à la Cour de cassation; **Ducrocq**, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, etc.

TOME XXX. — 17me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT.

24, rue Soufflot. 24.

1867

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMÉ PAR E. THUNOT ET C°, RUE RACINE, 26.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Président du Sénat,
Premier président de la Cour de cassation.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Conseiller
à la Cour de cassation.

Anciens Directeurs de la Revue critique et de la Revue de législation;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

BONJEAN
Président à la Cour de cassation,
Sénateur.

L. DE VALROGER
Professeur d'histoire du droit
à la Faculté de Paris.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit
de Paris.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Rouland, gouverneur de la Banque de France; **Delangle**, procureur général à la Cour de cassation; **de Royer**, premier président de la Cour des comptes; **Giraud**, inspecteur général des Facultés de droit; **Ortolan**, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Demolombe**, doyen de la Faculté de droit de Caen; **Molinier**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; **Dufour**, **Mimerel**, avocats à la Cour de cassation; **Ducrocq**, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, etc.

TOME XXX. — 17me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

24, rue Soufflot, 24.

1867

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière d'extradition,

Par M. Th. Ducrocq,
professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers.

AFFAIRE LAMIRANDE.

(*Suite et fin* [1].)

SECTION II.

La Cour d'assises peut-elle, sans commettre un excès de pouvoir, examiner la validité de l'extradition d'un accusé, pour décider qu'il y a lieu de surseoir au jugement?

La solution de cette seconde question nous semble commandée par la solution donnée à la question précédente.

Tout d'abord, il va sans dire que les arrêts et les auteurs qui, comme nous, refusent de reconnaître à l'extradé aucun droit nouveau qu'il aurait conquis par sa fuite et qu'il puisse invoquer contre la justice de son pays, lui refusent le droit de critiquer son extradition, aussi bien pour obtenir un sursis au jugement que pour en faire prononcer la nullité. Dans un cas l'extradé dit à la justice : « Vous ne me jugerez pas! » Dans l'autre cas il lui dit : « Vous ne me jugerez pas en ce moment! » Ce n'est qu'une différence du plus au moins, car c'est

[1] V. t. XXIX, p. 481.

Digitized by Google

toujours dans sa fuite qu'il prétend trouver le droit de tenir l'un ou l'autre langage.

Suivant nous, et tel a été le point de vue auquel s'est placée la Cour d'assises de la Vienne, l'extradé est soumis au droit commun des accusés. Toutes les prescriptions du Code d'instruction criminelle avaient été observées ; l'affaire avait été régulièrement mise au rôle de la session; Lamirande n'avait d'autres droits à invoquer que ceux appartenant aux accusés non extradés.

Mais nous pensons en outre que le principe de la séparation des pouvoirs faisait obstacle aux conclusions subsidiaires de Lamirande afin de sursis, aussi bien qu'à ses conclusions principales afin de nullité de l'extradition, et que la Cour d'assises de la Vienne devait également, ainsi qu'elle l'a fait, en interdire le développement.

Sur ce point, nous rencontrons en sens contraire la grave autorité de M. Faustin Hélie. Nous avons vu successivement : 1° qu'il reconnaît (contre nous et contre l'arrêt Lamirande) le droit de l'extradé d'élever devant la Cour d'assises des exceptions fondées, soit sur l'illégalité de l'acte qui l'a livré, soit sur les termes restrictifs ou conditionnels de cet acte; et 2° qu'il reconnaît (avec nous et l'arrêt Lamirande) l'incompétence de la Cour pour déclarer une extradition illégale et l'annuler. Mais, — 3° l'éminent criminaliste professe que la Cour d'assises « peut, après avoir examiné l'ex-« ception, passer outre au jugement si elle la juge dénuée « de fondement. Mais si au contraire cette exception lui paraît « fondée, si le fait qui lui sert de base a un caractère grave et « peut constituer une fin de non-recevoir contre la mise en « jugement, *la Cour d'assises,* dit-il, *doit surseoir aux débats « jusqu'à ce qu'il ait été statué par l'autorité compétente.* Or « cette autorité compétente, c'est celle qui a consenti la con-« vention qu'il s'agit de restreindre ou d'étendre, c'est celle « qui est investie du droit de faire les traités avec les puis-« sances étrangères; car seule elle peut, soit connaître la « pensée qui a dicté la convention, soit provoquer les expli-« cations que la question incidentelle peut rendre néces-« saires [1]. »

[1] *Traité de l'instr. crim.*, t. II, p. 714.

Digitized by Google

Sur ce troisième point, comme sur le premier, nous avons encore le regret de nous séparer de M. Faustin Hélie, et de donner la préférence à la doctrine de l'arrêt Lamirande.

De la part d'une Cour d'assises, examiner l'extradition en s'arrogeant le pouvoir d'apprécier s'il convient de passer outre au jugement ou de surseoir jusqu'à ce que la validité en ait été déclarée par l'autorité compétente, constitue sans doute une entreprise moins grave que si cette Cour se permettait d'annuler l'extradition; mais c'est toujours une entreprise sur les attributions administratives. L'immixtion dans les fonctions réservées à l'administration est moins flagrante, mais il y a toujours immixtion. L'usurpation est moindre, mais il y a toujours empiétement et usurpation de pouvoir. Le principe de la séparation des pouvoirs reçoit sans doute une moins violente atteinte, mais il est toujours méconnu. Il n'y a encore, sous ce rapport, qu'une différence du plus au moins, entre les conclusions subsidiaires et les conclusions principales.

On ne demande plus, il est vrai, à la Cour d'assises d'apprécier et d'interpréter l'acte administratif ou gouvernemental pour l'annuler, mais on persiste à lui demander de l'apprécier et de l'interpréter pour surseoir au jugement.

Cependant ce que le principe de la séparation des deux autorités interdit à l'autorité judiciaire, ce n'est pas seulement l'*annulation* des actes de l'autorité administrative ou gouvernementale, c'est tout d'abord l'*appréciation* et l'*interprétation* qu'il serait nécessaire de faire de ces actes afin d'annuler en connaissance de cause. Nous avons suffisamment insisté sur ce point; revenir sur cette démonstration serait surabondant.

Donc, ce n'est pas seulement l'annulation, c'est l'*appréciation* et l'*interprétation*, préliminaires indispensables de l'arrêt d'annulation, qui sont prohibées.

Or, l'*appréciation* et l'*interprétation* étant aussi l'indispensable préliminaire de l'arrêt de sursis, l'arrêt de sursis, sur la demande de l'accusé et pour ce motif, est également prohibé.

En effet, du moment que l'on admet que la Cour d'assises, régulièrement saisie par un arrêt de renvoi, ne peut pas être tenue d'accorder sans examen le sursis que demande l'extradé, du moment que l'on reconnaît, comme M. Faustin Hélie, que la Cour, pour accorder ou refuser le sursis, doit *examiner si*

Digitized by Google

l'exception tirée du vice ou de l'illégalité de l'extradition est sérieuse ou non, *est fondée* ou non, on donne par là même à cette Cour le pouvoir d'interpréter et d'apprécier la légalité de l'extradition, c'est-à-dire qu'on l'autorise à faire précisément ce que défendent le principe de la séparation des deux autorités et les textes qui le consacrent.

Dans le second passage que nous avons reproduit, M. Faustin Hélie a écrit lui-même avec une haute raison, qu' « il ne « peut être permis aux juges d'apprécier les termes des traités « et de les interpréter. » — Mais que vont donc faire les magistrats de la Cour d'assises, s'ils ont le droit d'accorder ou de refuser une demande de sursis fondée sur le vice ou l'illégalité de l'extradition? Que va-t-on plaider devant eux, s'ils sont compétents pour surseoir en raison des réclamations de cette nature et pour les entendre? Qu'aurait-on plaidé dans l'affaire Lamirande? Ses conclusions nous le disent; il suffit de les lire pour reconnaître qu'elles soulevaient des questions d'interprétation du traité de 1843 et d'appréciation de la légalité des actes d'exécution de ce traité en ce qui concerne Lamirande; et ces moyens étaient invoqués tant à l'appui des conclusions subsidiaires que des conclusions principales.

Ce n'est pas par hasard qu'il en a été ainsi dans l'affaire Lamirande; il ne peut pas en être autrement; cela tient à la nature des choses. Il est impossible que la demande de sursis (que l'on croit recevable) ne soit pas fondée sur les moyens mêmes à l'aide desquels on aurait saisi la Cour de la demande en nullité d'extradition (dont on reconnaît l'irrecevabilité). Par suite, il est impossible que la Cour n'ait pas à faire absolument les mêmes interprétations et les mêmes appréciations pour surseoir que pour annuler.

Elles lui sont interdites pour annuler; elles ne sauraient lui être permises pour surseoir au jugement.

Dans un autre ordre d'idées, nous trouvons que cet arrêt de sursis que la Cour d'assises aurait le droit de rendre, sur des conclusions et après des plaidoiries ayant eu pour but de démontrer l'illégalité de l'extradition, serait singulièrement attentatoire au droit d'en prononcer la nullité que l'on consent, dans ce système, à réserver à l'autorité administrative ou gouvernementale.

Digitized by Google

Est-ce que dans de pareilles conditions, après de tels débats, la question est entière ?

Est-ce que l'arrêt de sursis ne sera pas la manifestation éclatante de l'opinion affirmative des magistrats sur l'illégalité de l'extradition ?

Est-ce que cet arrêt ne préjugera pas la décision à intervenir ? Est-ce qu'il ne pèsera pas de tout son poids sur l'appréciation que l'on dit cependant appartenir au gouvernement d'une manière exclusive ?

N'y a-t-il pas une imprudence et un danger, en même temps qu'une incontestable atteinte aux prérogatives du gouvernement, à le placer entre la nécessité de demander ses inspirations aux convenances politiques et internationales et aux principes du droit des gens, et l'obligation d'être ou même seulement de paraître en désaccord avec l'arrêt d'une Cour de justice ?

Et que devient la raison d'État qui demande, ainsi que le principe de la séparation des pouvoirs, que le gouvernement conserve dans sa plénitude le droit exclusif d'apprécier tout ce qui tient à la souveraineté et aux relations diplomatiques?

Lors même que l'on soutiendrait, sans nous convaincre, que l'arrêt de sursis rendu par la Cour ne contiendrait pas un préjugé implicite de l'illégalité de l'extradition, de nature à altérer l'exercice du droit gouvernemental, cet arrêt ne serait-il pas une mise en demeure signifiée à grand bruit par l'autorité judiciaire à l'autorité administrative ? Mise en demeure, non-seulement d'interpréter, mais d'apprécier la légalité et la régularité de ses propres actes ? Et une telle mise en demeure n'est-elle pas également attentoire au droit de l'autorité dont l'acte émane et qui est seule juge de son opportunité et de sa légalité ?

Les inconvénients du système que nous combattons sont tels, qu'ils permettraient aux Cours d'assises de France de rendre des arrêts de sursis provoquant le gouvernement à un examen particulier de la validité d'une extradition, contre laquelle la puissance étrangère intéressée, la meilleure gardienne de ses intérêts et de sa dignité (suivant l'expression d'un arrêt), n'aurait peut-être élevé aucune objection ; et ces Cours pourraient, sans excès de pouvoir au point de vue du droit, sans graves inconvénients au point de vue des relations

Digitized by Google

internationales, provoquer le gouvernement à l'examen d'une question diplomatique que la puissance intéressée la plus jalouse de ses droits, n'aurait peut-être pas formellement posée!

L'arrêt de la Cour d'assises de la Vienne a respecté à la fois les règles constitutives de sa juridiction, le principe de la séparation des pouvoirs et la raison d'État, en constatant, en fait, « qu'il résultait des documents de la cause et notamment de « la dépêche ministérielle du 25 novembre 1866 que Lami- « rande, sur la demande du gouvernement français, a été remis « par le gouvernement du Canada à l'autorité française; qu'à la « suite de cette extradition, le gouvernement impérial a lui- « même remis Lamirande entre les mains de la justice pour « qu'il eût à répondre devant la juridiction compétente des « crimes de faux qui ont motivé son extradition; » et en déclarant, en droit, « que par le fait même de la remise d'un « accusé à ses juges naturels, le gouvernement impérial con- « sacre la régularité de son extradition; et que cette décision, « qui rentre dans la compétence exclusive du pouvoir exécutif, « ne peut être l'objet d'aucun recours. »

Ce point de droit n'avait pas encore été, à notre connaissance, déduit d'une manière aussi précise et aussi complète dans les arrêts antérieurs. Toutefois cet arrêt ne fait que consacrer, suivant nous, les conséquences logiques et nécessaires du principe de la séparation des pouvoirs, en ayant en outre le mérite de le dire.

Du reste, la jurisprudence de la Cour de cassation, dans son dernier état, s'est aussi montrée contraire à ce prétendu droit des Cour d'assises de surseoir au jugement des extradés.

Nous disons qu'il en est ainsi dans le dernier état de la jurisprudence, car il nous est difficile de reconnaître à cet égard que la jurisprudence ait été constante.

Celle même de la Chancellerie a varié; il suffit pour s'en convaincre de rapprocher la circulaire déjà citée de M. Martin du Nord, en date du 5 avril 1841[1], de la dépêche ministérielle

[1] « J'ai raisonné jusqu'à présent dans l'hypothèse où les questions « relatives à l'extradition seraient soumises à l'administration, où les « procureurs généraux s'en trouveraient saisis comme maîtres de l'action « publique; mais les tribunaux peuvent être appelés incidemment à en « connaître. Quelle est, à cet égard, leur compétence? En principe général, « le gouvernement seul est juge de la validité d'une extradition, et il en

Digitized by Google

écrite dans l'affaire Lamirande. La circulaire de 1841 (quoique la partie finale de l'extrait que nous citons en note puisse se concilier, comme nous le montrerons en traitant la troisième question, avec le principe de la séparation des pouvoirs) consacrait le système que nous venons de combattre; la dépêche de 1866 en prend, suivant nous à bon droit, le contre-pied en disant que les tribunaux français étant incompétents pour résoudre les questions diplomatiques, ces questions « *ne peu-* « *vent par conséquent être débattues utilement devant eux.* »

Il faut faire observer que la circulaire du garde des sceaux de 1841 n'était d'ailleurs que l'écho fidèle de la jurisprudence de la Cour de cassation à cette époque ; tandis que la dépêche du garde des sceaux de 1866 tient compte des progrès accomplis de nos jours par la jurisprudence de la même Cour dans le développement normal du principe de la séparation des pouvoirs.

Un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1822, *Decamps* [1], décide que « lorsqu'un prévenu de désertion, arrêté en pays « étranger oppose que son extradition a été opérée contraire- « ment à une convention diplomatique, cette exception forme « une question préjudicielle qu'il n'appartient qu'au gou- « vernement de décider, et que le conseil de guerre doit sur- « seoir au jugement jusqu'à cette décision. »

Un second arrêt, en date du 16 juin 1822, *Cramoisin et autres* [2], statue dans le même sens et dans des conditions analogues.

M. Mangin [3] cite ces deux arrêts et en approuve entièrement la doctrine.

L'arrêt du 4 septembre 1840, *Dermenon*, cité dans la circulaire ministérielle de 1841, émane, comme les précédents, de la Cour de cassation, mais il est relatif à une Cour (chambre d'appels de police correctionnelle) et non plus à des conseils de guerre,

« résulte qu'il lui appartient d'en fixer la portée, d'en interpréter les termes. « Dès lors quand on soutient devant un tribunal, ou qu'une extradition « est irrégulière, ou qu'elle est interprétée dans un sens, soit trop favo- « rable, soit préjudiciable à l'inculpé, le tribunal doit surseoir jusqu'à ce « que le gouvernement ait fait connaître sa décision. C'est ce que la Cour « de cassation a jugé le 4 septembre 1840. »

[1] Sirey-Dev., Collect. nouv., 7, 1, 39.

[2] Sirey, Collect. nouv., 7, 1, 91.

[3] *Traité de l'action publique*, t. I, n° 238, p. 576.

Digitized by Google

et il casse son arrêt « pour avoir ordonné qu'il serait passé « outre aux débats au lieu de surseoir jusqu'à ce que le gouver- « nement ait déclaré s'il trouvait dans l'affaire un acte suffisant « d'extradition[1]. » Nous dirons toutefois, en traitant la troisième question, comment les dispositions de cet arrêt peuvent être conciliées avec le principe de la séparation des pouvoirs et la doctrine suivie avec raison par la Cour d'assises de la Vienne.

L'arrêt tant cité du 9 mai 1845, *Laugé*, quoique cassant un arrêt de sursis rendu par la Cour d'assises de l'Ariége, se place cependant, à notre avis, dans le même ordre d'idées que les arrêts précédents, en ce sens qu'il condamne moins la compétence de la Cour pour rendre un arrêt de cette nature que l'usage que la Cour a fait de son droit.

Mais tous les autres arrêts de la chambre criminelle déjà cités dans les diverses parties de ce travail nous paraissent, au contraire, exclusifs du droit d'ordonner le sursis en raison de l'illégalité de l'extradition; tous ces arrêts semblent s'inspirer de cette formule que nous empruntons à l'un d'eux (*Bastianesi*, 31 juillet 1845) « que la mise en jugement de l'extradé « ayant été ordonnée par l'autorité compétente, il ne dépendait « pas de la Cour d'assises de ne pas procéder au jugement de « l'accusation dont elle était légalement saisie. »

Les deux arrêts de 1851 et 1852, *Viremaitre* et *Dareau*, déjà cités à un autre point de vue, sont positifs en ce sens.

Le premier de ces deux arrêts, celui du 18 juillet 1851, s'explique de la façon la plus précise : « Attendu que par le « seul fait de la remise au gouvernement français de l'accusé « extradé, les tribunaux français sont légalement investis du « droit de prononcer sur l'accusation portée contre lui; « attendu qu'en rejetant, dans ces circonstances, la demande « en sursis présentée par Viremaitre et motivée sur l'illégalité « prétendue par lui de son extradition, la Cour d'assises n'a « point commis d'exès de pouvoir ni violé les droits de la dé- « fense; qu'elle a fait au contraire une saine application des « principes et des règles relatifs à l'extradition. »

L'arrêt du 23 décembre 1852 dispose aussi « que Dareau est » non recevable à arguer de nullité son extradition, et qu'en « refusant de surseoir à son jugement pour ce motif, la Cour

[1] Sirey, 1840, 1, 781; — Dalloz Alph., v° *Traité intern.*, n° 332, note.

Digitized by Google

« impériale d'Alger a fait une saine application des principes « en cette matière. »

Même après ces derniers arrêts, et tout en s'inspirant d'une manière générale de l'esprit de leurs décisions, l'arrêt rendu par la Cour d'assises de la Vienne dans l'audience du 3 décembre 1866, et qui vient d'être l'occasion de cette seconde partie du présent travail, mérite de fixer l'attention d'une manière toute spéciale. Sa rédaction présente une physionomie particulière, en ce sens qu'elle embrasse dans ses déductions toutes les conséquences des prohibitions résultant du principe de la séparation des pouvoirs : refus d'interpréter le traité diplomatique; refus d'apprécier la légalité des actes d'exécution relatifs à l'extradition de l'accusé; refus de l'annuler; refus de surseoir au jugement pour provoquer sans droit le gouvernement à une appréciation qu'il a déjà faite en livrant l'extradé à la justice; refus de laisser engager le débat sur ce terrain, interdit à l'accusé par son défaut de qualité, interdit à la Cour par son défaut de compétence.

Tout cela se trouve dans le premier arrêt rendu par la Cour d'assises de la Vienne à l'audience du 3 décembre 1866, dans l'affaire Lamirande; tout cela dérive logiquement, à titre de conséquences, des principes que nous avons exposés.

Il nous reste maintenant à montrer que le second arrêt rendu par la Cour dans la même audience n'est pas en contradiction avec le premier et respecte les mêmes principes.

SECTION III.

La Cour d'assises a-t-elle le droit et le devoir de ne juger l'accusé que pour les faits qui ont donné lieu à l'extradition, à moins qu'il ne consente à être aussi jugé pour les autres?

Cette dernière question s'est également présentée dans l'affaire Lamirande, et la Cour d'assises de la Vienne a dû la résoudre par un second arrêt.

On a vu dans la dépêche de M. le garde des sceaux et le premier arrêt de la Cour d'assises ci-dessus reproduit, qu'un arrêt de la chambre des mises en accusation de la Cour impériale de Poitiers, en date du 29 mai 1866, avait renvoyé Lamirande devant la Cour d'assises de la Vienne, sous la triple

Digitized by Google

accusation de vol qualifié crime, abus de confiance qualifié et faux en écriture de commerce ou de banque.

Or, le traité d'extradition de 1843, entre la France et l'Angleterre, autorise l'extradition pour le faux mais non pour les deux autres crimes; et l'extradition de Lamirande n'avait été accordée que pour le faux et non pour les faits de vol et d'abus confiance.

C'est ce que constatait la dépêche ministérielle du 25 novembre 1866, qui se termine par ces instructions données à M. le procureur général près la Cour impériale de Poitiers : « Vous devrez vous conformer à la convention diplomatique et « à mes instructions, en requérant que l'accusé ne soit jugé « que sur le chef de faux, à moins que l'accusé n'accepte vo- « lontairement la décision du jury sur les autres points. »

Après le premier débat que nous avons décrit et apprécié au point de vue des principes légaux qu'il mettait en jeu, à la reprise de l'audience et aussitôt après le prononcé de l'arrêt par lequel la Cour d'assises venait de clore cet incident, M. le président Aubugeois de la Villedubost rappelle à l'accusé que son extradition n'a été accordée qu'en raison du crime de faux, et le met en demeure de déclarer s'il consent à être également jugé pour les faits de vol et d'abus confiance.

Après quelques hésitations et une courte suspension d'audience demandée par la défense pour lui permettre d'éclairer l'accusé sur la portée de l'interpellation qui lui est adressée, Lamirande répond qu'il refuse son consentement.

En conséquence, M. le président avertit le jury qu'il ne sera procédé contre l'accusé qu'en ce qui concerne les faits de faux et d'usage de pièces fausses, à l'exclusion des faits de vols et d'abus de confiance.

Alors les défenseurs de l'accusé, MM. Lachaud et Lepetit, prennent les conclusions suivantes :

« Il est conclu à ce qu'il plaise à la Cour,

« Attendu que Lamirande est renvoyé devant la Cour d'assises « de la Vienne, sous la triple accusation de détournements, de « vols qualifiés et de faux en écriture de commerce ou de banque ;

« Que l'arrêt lui a été signifié et qu'il comparaît devant le jury « sous cette triple accusation ;

« Attendu qu'il ne saurait être au pouvoir de personne de di-

Digitized by Google

« viser ou de supprimer une partie de ces divers chefs d'accusa-
« tion:

« Que Lamirande n'a pas à consentir ou à ne pas consentir à
« être jugé sur les crimes relevés contre lui, d'abus de confiance
« et de vols qualifiés, mais qu'il a intérêt à ce que le jury soit ap-
« pelé à vider toute l'accusation;

« Que s'il est vrai, comme vient de le décider la Cour, que les
« traités d'extradition ne peuvent jamais être interprétés par les
« tribunaux, il n'est pas acceptable que, devant la justice saisie
« régulièrement, on puisse, à leur sujet, modifier une accusa-
« tion;

« Attendu que la lettre de M. le garde des sceaux ne renferme
« que des instructions données à M. le procureur général, et ne
« saurait en aucune manière empêcher l'exécution d'un arrêt de
« la chambre des mises en accusation;

« Par ces motifs, dire que tous les chefs d'accusation seront
« soumis au jury. »

M. le premier avocat général requiert à son tour « qu'il
« plaise à la Cour disjoindre les faits relatifs aux soustractions
« frauduleuses et aux détournements, et ordonner que Lami-
« rande ne sera jugé que sur les faits relatifs aux faux et usage
« de pièces fausses. »

Après le développement de ces conclusions et réquisitions, l'avocat de la partie civile ayant déclaré s'en rapporter sur ce point à justice, la Cour délibère et rend l'arrêt suivant, dans la même audience du 3 décembre 1866.

« Vu les conclusions des défenseurs de Surreau Delamirande,
« tendant à ce que tous les chefs d'accusation portés dans l'arrêt
« de renvoi soient soumis au jury;

« Vu les réquisitions du procureur général tendant au contraire
« à ce que les débats ne portent, en l'absence d'un consentement
« formel de l'accusé, que sur les chefs relatifs à l'accusation de
« *faux en écriture de commerce ou de banque*;

« Ouï, les défenseurs, le ministère public, la partie civile, et en
« dernier lieu les défenseurs de l'accusé dans leurs observations;

« Attendu qu'il résulte des documents de la cause que Surreau
« Delamirande, bien qu'accusé des crimes de *vol qualifié*, *abus*
« *de confiance qualifié et faux en écriture de commerce ou de ban-*
« *que*, n'a été après sa fuite au Canada, réclamé par le gouverne-
« ment français et livré par les autorités britanniques, qu'à raison
« des crimes de *faux en écriture de commerce ou de banque*, con-

Digitized by Google

« formément aux traités d'extradition existant entre la France et « la Grande-Bretagne ;

« Attendu qu'il est de principe que l'accusé ainsi extradé ne « peut être jugé contradictoirement par la cour d'assises que sur « les chefs d'accusation pour lesquels son extradition a été accor- « dée, à moins qu'il ne consente expressément à être jugé sur « tous les chefs compris dans l'arrêt de mise en accusation ;

« Attendu qu'interpellé formellement à cet égard par le prési- « dent des assises, Surreau Delamirande, après avoir répondu tout « d'abord qu'il ne voulait ni consentir ni ne pas consentir à être « jugé sur tous les chefs d'accusation, a fini par déclarer qu'il n'y « consentait pas ;

« Par ces motifs, la Cour, statuant tant sur les conclusions de la « défense que sur les réquisitions du ministère public, et faisant « droit à ces dernières,

« Ordonne que les débats ne porteront que sur les seuls faits de « *faux en écriture de commerce ou de banque.* »

Nous adhérons à la solution donnée par ce second arrêt, aussi bien qu'à celle du premier ; mais nous demanderons la permission de constater une lacune qui, après avoir été le trait le plus caractéristique de la partie des débats qui a précédé et préparé cet arrêt, a passé dans ses motifs.

Distinguons tout d'abord le double aspect de la question ainsi posée par les conclusions respectives des parties et ainsi résolue par ce nouvel arrêt : 1° au point de vue des pouvoirs de la Cour ; 2° au point de vue du consentement que l'accusé peut donner ou refuser en ce qui concerne la position des questions relatives aux faits pour lesquels l'extradition n'a pas été accordée.

§ 1.

Droit et devoir de la Cour d'assises de ne procéder au jugement de l'accusé que sur les faits pour lesquels l'extradition a été accordée.

Il faut constater tout d'abord que la décision de la Cour d'assises de la Vienne est conforme à une doctrine à peu près unanime et à une jurisprudence bien établie, établissant que tout extradé ne doit être jugé contradictoirement que pour les faits à raison desquels l'extradition a été accordée.

Nous ne citerons qu'un des nombreux auteurs [1] qui ont for-

[1] Faustin Hélie, t. II, p. 720 ; — Legraverend, *Législation crim.*, t. I, p. 113 ; — Bertauld, *Cours de Code pénal*, 2e édit., p. 581 ; — Trébutien,

Digitized by Google

mulé cette règle, M. Faustin Hélie : — « La Cour d'assises, dit-il, « doit, quand elle est saisie par l'arrêt de renvoi de deux ac- « cusations, dont une seule a donné lieu à l'extradition, scin- « der les débats, si cette division est possible, et, dans tous les « cas, ne poser au jury que les questions qui se rapportent au « fait qui a été l'objet de la mesure. A l'égard de l'autre fait, « elle doit procéder comme en matière de contumace. »

Cette règle est consacrée par un arrêt de la Cour d'assises du Pas-de-Calais du 15 février 1843 (aff. L. [1]), que nous citerons de nouveau lorsque nous nous occuperons de la valeur du consentement volontairement donné par l'extradé à être jugé sur tous les chefs de l'accusation. Sur le premier point relatif au pouvoir de la Cour, cet arrêt dispose : — « Que « l'extradition n'est accordée que pour l'objet déterminé dans « la demande qui en a été faite ; que les conséquences de « l'extradition ne peuvent pas s'étendre au delà du fait qui l'a « motivée ; que ce serait violer les principes du droit des gens « que de ne pas s'en tenir à l'objet et à la cause de l'extra- « dition. »

La Cour de cassation s'est prononcée sur le même point de la manière la plus formelle par un arrêt du 24 juin 1847, *Noël Pascal* [2], portant rejet du pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'assises de la Seine, qui n'avait procédé au jugement d'un extradé que pour les faits objets de l'extradition, et s'était abstenu de poser au jury des questions relatives aux autres chefs compris dans l'arrêt de renvoi, mais pour lesquels l'extradition n'avait pas été consentie. Cet arrêt décide qu'en agissant ainsi, la Cour d'assises de la Seine « a fait une juste « application des principes sur l'extradition », et dans ses motifs il pose en thèse, mais sans le justifier autrement, « qu'il « est de principe, en matière d'extradition, que l'extradition « n'est accordée que pour l'objet déterminé dans la demande « qui en a été faite. »

L'arrêt de la chambre criminelle du 11 mars 1847, déjà cité, prend soin de constater en rejetant le pourvoi, « que

Cours de droit crim., t. II, p. 141; — Le Sellyer, t. V, n°s 1954 et 1955; — Mangin, *De l'action publique*, t. I, n° 76; — Morin, v° *Extradition;* — Fœlix, *Droit international*, n° 570, p. 580.

[1] Sirey; 1843, 2, 223.

[2] Sirey, 1847, 1, 677; — Dalloz, 47, 1, 202; — Palais, 47, 2, 171.

Digitized by Google

« l'extradition du nommé Cruveillé a été accordée par le gou-
« vernement sarde pour un crime de faux, spécialement com-
« pris dans les faits pouvant donner lieu à l'extradition par
« l'article 2 du traité conclu le 23 mai 1838 entre la France et
« la Sardaigne, et que c'est ce crime de faux qui a donné lieu
« à la condamnation prononcée contre Cruveillé. »

Le Conseil de révision de Paris a cassé et annulé par une décision en date du 20 décembre 1861, *Sauve*[1], un jugement du 1er conseil de guerre de Lille, qui avait jugé, pour vol et pour désertion, un militaire qui n'avait été extradé par la Suisse que pour vol et non pour désertion.

Enfin l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 1865, déjà plusieurs fois cité, dispose « que le Français arrêté sur un ter-
« ritoire étranger et livré à son gouvernement pour être jugé
« à raison de crimes commis en France, doit répondre à la
« justice de tous les faits à raison desquels l'extradition a été
« accordée. »

Ainsi l'accusé ne peut être jugé contradictoirement, d'après cette jurisprudence, que pour les faits à raison desquels il a été extradé, et s'il est dans les liens d'un acte d'accusation pour d'autres faits, crimes ou délits, quelle que soit leur connexité avec le fait qui a motivé l'extradition, il ne peut être statué à leur égard que par contumace ; relativement à ces autres faits l'accusé est toujours absent[2].

L'arrêt de la Cour d'assises de la Vienne est donc conforme à la jurisprudence la mieux établie.

[1] Sirey, 1861, 2, 229.

[2] Il en est de même pour les faits nouveaux qui viendraient à se révéler pendant les débats ou en dehors des débats, il faudrait une nouvelle extradition accordée par le gouvernement étranger qui a consenti la première ; ainsi jugé par l'arrêt *Darmenon*, du 4 septembre 1840, déjà cité dans l'examen de la question de sursis, et sur lequel nous aurons encore à revenir.

Mais il peut se faire que dans le cours des débats le fait pour lequel l'extradition a eu lieu se modifie au point de vue de la qualification légale et de la peine encourue. Dans ce cas la Cour de cassation a jugé, par un de ses quatre arrêts de 1845 (*Wolf-Cromback*, 1er février 1845 ; Sirey, 45, 1, 591) que, l'extradition ayant été accordée pour faux en *écriture de commerce*, l'accusé peut être condamné pour faux en *écriture privée*, lorsque le fait incriminé a été ainsi atténué par les débats. Il s'agissait toujours du même fait incriminé pour lequel l'extradition avait eu lieu.

Digitized by Google

Si dans les circonstances ci-dessus exposées, Lamirande eût été jugé à raison des trois chefs compris dans l'arrêt de renvoi, que par aventure il eût été acquitté du chef de faux et seulement condamné pour les chefs de vols et d'abus de confiance, deux faits auraient dû suivre : 1° le Gouvernement français, nonobstant cet arrêt de condamnation, et pour obéir aux principes du droit des gens et aux dispositions du traité d'extradition, aurait été néanmoins obligé de faire reconduire Lamirande à la frontière et de le remettre entre les mains des autorités britanniques; 2° l'arrêt de condamnation contradictoire pour vols et abus de confiance, en cas de pourvoi en cassation, aurait dû être cassé, et, d'après les précédents ci-dessus rappelés, aurait été infailliblement cassé par la Cour suprême.

Ces conséquences ne sont pas douteuses.

Ce point de droit est donc des plus constants en doctrine et en jurisprudence.

Mais pourquoi en est-il ainsi ?

Comment cette règle peut-elle et doit-elle se concilier avec les interdictions que nous avons vues ci-dessus contenues dans le principe de la séparation des pouvoirs?

C'est ce que nous n'avons vu dans aucun des arrêts antérieurs; c'est ce que nous ne trouvons pas davantage dans l'arrêt rendu par la Cour d'assises de la Vienne, et même dans les débats qui l'ont précédé.

Que dit en effet la Cour de cassation dans celui de ses arrêts qni est le plus précis, le plus formel sur le point qui nous occupe, dans l'arrêt *Pascal* du 24 juin 1847? Elle dit : « QU'IL EST « DE PRINCIPE EN MATIÈRE D'EXTRADITION que l'extradition n'est « accordée que pour l'objet déterminé dans la demande qui en « a été faite; que pour se conformer à cette règle du droit in- « ternational le président de la Cour d'assises a prévenu les « jurés et l'accusé *que cet accusé ayant été livré par le gouver- « nement Belge sur une demande d'extradition, pour être jugé « uniquement sur les crimes de banqueroute frauduleuse et de « faux qui lui étaient imputés,* il ne serait posé au jury aucune « question sur les faits de banqueroute simple, délit à raison « duquel ledit Pascal avait été pareillement renvoyé devant la « Cour d'assises de la Seine.... que par le mode de procéder « qui a été suivi il a été fait une juste application des principes « sur l'extradition. »

Digitized by Google

Que dit la Cour d'assises de la Vienne dans son second arrêt du 3 décembre 1866? Elle dit « QU'IL EST DE PRINCIPE que « l'accusé ainsi extradé ne peut être jugé contradictoirement « par la Cour d'assises que sur les chefs d'accusation pour « lesquels son extradition a été accordée, à moins qu'il ne « consente..... »

Voilà le seul motif juridique, donné par la Cour de cassation, et, à sa suite, par la Cour d'assises de la Vienne, à l'appui de cette jurisprudence.

Nous sommes obligé d'avouer (et nous ne le faisons pas sans trouble, en raison du sentiment de notre insuffisance en présence de telles autorités) que cet unique motif ne laisse pas notre esprit satisfait. Ce motif unique nous laisserait en proie au doute et aux scrupules sur la valeur de cette jurisprudence si constante qu'elle soit. Pour qu'elle soit fondée, notre esprit inquiet demande quelque chose de plus, car le motif indiqué ne désintéresse pas le principe de la séparation des pouvoirs, qui, de l'aveu de tous, joue un rôle prépondérant dans toutes ces questions de limitation des droits et des devoirs de l'autorité judiciaire en matière d'extradition.

Ce motif ne répond pas à une objection, que tout esprit attentif s'adresse invinciblement, qui se dresse comme un obstacle au moins spécieux, et que l'on ne résout point en la passant sous silence.

Cette objection se présentait d'une manière bien saisissante dans l'affaire Lamirande; elle a été indiquée par la défense; elle méritait une réponse.

La Cour d'assises venait de rendre son premier arrêt, par lequel elle déclarait que le principe de la séparation des pouvoirs faisait obstacle à ce qu'elle s'enquît des faits et circonstances de l'extradition de Lamirande, et venait même d'interdire (nous avons dit que c'était à bon droit) le développement des conclusions posées à ce sujet.

En présence des nouvelles réquisitions du ministère public tendantes à ce que Lamirande ne fût jugé qu'à raison du fait de faux, contrairement aux prétentions de la défense, chacun se demande naturellement et forcément (c'est la logique qui l'exige) pourquoi la Cour qui, tout à l'heure, d'après le ministère public, ne devait pas s'occuper de l'extradition, aurait-elle, toujours d'après le ministère public, le droit et le devoir (car

Digitized by Google

on lui montre les perspectives d'une cassation inévitable) de s'en occuper maintenant?

Comment se fait-il que le principe de la séparation des pouvoirs, qui tout à l'heure y faisait obstacle, ne s'y oppose plus désormais?

Comment se fait-il que CES PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL, qui tout à l'heure ne devaient pas être invoqués dans le prétoire de la Cour, même pour obtenir un sursis au jugement, aient maintenant la puissance de limiter sa procédure et sa juridiction?

Comment se fait-il que le principe de la séparation des pouvoirs, qui tout à l'heure défendait aux magistrats d'entendre la lecture et la discussion du texte des traités, la critique des actes d'extradition, ne s'oppose plus désormais à ce qu'ils comptent et avec les traités et avec l'acte d'extradition?

Comment se fait-il enfin que le second arrêt de la Cour ne soit pas en contradiction avec le premier? que le premier soit une conséquence légitime du principe de la séparation des pouvoirs et que le second n'en soit pas la violation?

Voilà, si nous ne nous abusons, ce que l'esprit cherche et ce qu'il ne trouve ni dans les débats de l'affaire Lamirande, ni dans l'arrêt de la Cour d'assises de la Vienne, non plus que dans les arrêts antérieurs dont il s'est inspiré.

Cependant l'objection ainsi conçue ne manque ni de force ni de grandeur. Elle est inévitable. Elle a été faite d'ailleurs dans l'affaire Lamirande, et nul esprit sérieux ne pouvait s'y soustraire. A peine de s'exposer aux apparences de l'arbitraire, il faut donc y répondre; et c'est pour cela que nous espérons bien ne pas encourir le reproche d'avoir cherché l'objection pour nous attribuer le facile mérite de la réponse.

Cette réponse, du reste, ce n'est pas nous qui avons la prétention de la faire. Elle est donnée, non-seulement par nous, mais aussi par tous les auteurs qui se sont occupés des lois de 1790, 1791 et de l'an III, et qui ont déterminé l'exacte portée du principe de la séparation de l'autorité judiciaire. Elle se trouve dans les nombreux arrêts rendus par la Cour de cassation, dans des matières autres que celle de l'extradition, et dans lesquels, d'accord avec la jurisprudence du Conseil d'État et avec la doctrine, elle consacre la distinction fondamentale entre l'*appréciation* et l'*interpréta-*

Digitized by Google

tion des actes administratifs interdites à l'autorité judiciaire, et l'*application* des mêmes actes que l'autorité judiciaire peut et doit faire.

Cette distinction est aussi élémentaire que fondamentale, et pour ne pas prendre nous-même la parole, et la laisser à d'autres, nous n'avons que l'embarras du choix au sein d'une doctrine unanime.

Foucart[1], dans le commentaire qu'il fait des textes de l'Assemblée constituante et de la Convention qui ont consacré le principe de la séparation des deux autorités, s'explique de la manière suivante : « L'indépendance qui doit exister entre « l'autorité judiciaire et l'autorité administrative n'exige pas « seulement qu'elles ne puissent prononcer que sur les matières « qui leur sont réservées, mais encore que les actes émanés de « l'une soient respectés par l'autre. Ainsi les ordonnances « royales, les décrets impériaux, les arrêtés des préfets et des « maires, *sont obligatoires pour les tribunaux qui doivent en « faire l'*APPLICATION *en les prenant pour base de leurs juge- « ments*..... — Si accessoirement à un procès civil ou criminel « il s'élève des difficultés sur le sens d'un acte administratif « invoqué par l'une des parties, *les tribunaux ne peuvent l'*IN- « TERPRÉTER, car il serait possible qu'ils en méconnussent « l'esprit et en faussassent l'application. Ils doivent renvoyer « cette interprétation à l'autorité dont l'acte émane et surseoir « à statuer[2], sans toutefois se dessaisir, jusqu'à ce qu'elle ait « eu lieu; ce qui ne doit s'entendre que des difficultés véri- « tables; car si l'acte est clair, quand même les parties ne « seraient pas d'accord sur le sens à lui donner, *les tribunaux « doivent néanmoins en ordonner l'*APPLICATION..... »

M. Dareste, dans son chapitre intitulé *Séparation des pouvoirs*[3], dit, sous une formule aussi précise qu'exacte : « Cha- « cune des deux autorités, administrative et judiciaire, est « exclusivement compétente pour *interpréter* les actes émanés « d'elle-même. Lorsque ces actes sont clairs et n'ont pas be-

[1] *Éléments de droit public et administratif*, 4e édit., tome I, pages 199 et 201.

[2] Nous montrerons plus loin comment cette faculté de sursis, que nous admettons nous-même sur ce point, n'est nullement en contradiction avec ce qui a été dit ci-dessus.

[3] *La justice administrative en France*, p. 206.

Digitized by Google

« soin d'être interprétés, ils peuvent être indistinctement « *appliqués* par l'une ou l'autre. »

Nous citerons encore M. Dufour et avec lui la Cour de cassation.

Le savant jurisconsulte (n° 114 [1]) s'exprime ainsi : — « Revenons à l'interdiction faite aux tribunaux d'apprécier et « d'interpréter les actes administratifs. — La Cour de cassation « a pris soin de la circonscrire dans ses justes limites en distinguant l'*application* pure et simple, de l'*appréciation* et de « l'*interprétation*. — Elle dit, dans un arrêt du 26 février « 1834, rendu sur le pourvoi d'un sieur de Boissia : — « S'il « est vrai, en règle générale, que, quand les parties ne sont « pas d'accord sur la régularité, le sens et la portée d'un acte « administratif, les tribunaux doivent surseoir à prononcer « jusqu'à ce que l'autorité administrative ait expliqué ou ré« formé cet acte, cette règle doit souffrir et souffre exception « lorsque la régularité, le sens et la portée de l'acte adminis« tratif sont manifestes; s'il en était autrement, il pourrait « dépendre d'une partie de paralyser entièrement *le pouvoir « et le devoir qu'ont les tribunaux d'*APPLIQUER *les actes adminis« tratifs qui leur sont présentés, lorsque cette application ne « nécessite pas l'interprétation préalable dudit acte.* »

M. Dufour reproduit un autre arrêt de la Cour de cassation en date du 13 mai 1824, et l'on pourrait en citer bien d'autres qui consacrent la même distinction [2]. Il faut même remarquer que la généralité de ces arrêts ne donne aucune prise à l'équivoque à laquelle, mais à tort, pourrait donner lieu le mot « *régularité* de l'acte administratif » que l'on peut remarquer dans l'arrêt de *Boissia;* notamment le second arrêt reproduit par M. Dufour (celui de 1824) ne laisse subsister aucun doute; on y lit en effet que « la seule conséquence qui « résulte de ces lois (1790 et autres) est que les Cours et tribu« naux sont dans la double impuissance d'exercer les fonctions « administratives et de soumettre les actes de l'administration

[1] *Traité général de droit administratif appliqué*, 2e édit., t. Ier, ch. 1er, *Du chef de l'État*, p. 99.

[2] 20 décembre 1836, *Nicaud;* Sirey, 37, 1, 159; — 25 mars 1839, *Darriule;* — 27 décembre 1842, *préfet de la Manche;* — 20 décembre 1843, *de la Trémouille;* — etc., etc.

Digitized by Google

« à leur censure, en les infirmant, les modifiant, arrêtant ou « suspendant leur exécution..... »

Cette distinction entre l'appréciation et l'interprétation d'une part, et d'autre part l'application des actes administratifs, les unes interdites à l'autorité judiciaire, l'autre qui lui est non-seulement permise, mais même imposée par le principe de la séparation des pouvoirs, — cette distinction vraie des actes administratifs en général, l'est-elle également des traités diplomatiques, des traités et des actes d'extradition?

Nous voulons nous abstenir encore de parler nous-même, quoique, en prenant soin plus haut de déterminer la nature de ces traités et de ces actes, en démontrant que ces traités seraient indûment qualifiés du titre de *lois*, nous ayons résolu par anticipation ce dernier point.

Cette distinction est-elle vraie des traités diplomatiques en général?

Écoutons M. Trolley : « Les tribunaux civils » (il nous permettrait sans doute d'ajouter sans altérer sa pensée *et criminels*, en embrassant dans la même règle l'ordre judiciaire tout entier), « peuvent et doivent *appliquer* les traités, mais ils « n'ont pas le droit de les *interpréter* [1]. »

Cette distinction est-elle vraie en particulier des traités d'extradition?

Écoutons M. Bertauld : « Si les termes de la convention « d'extradition offrent de l'équivoque et du doute, l'autorité « judiciaire, compétente pour l'*appliquer*, n'est pas compé- « tente pour l'*interpréter* [2]. »

Voilà la véritable portée du principe de la séparation des pouvoirs, en ce qui concerne les traités et les actes d'extradition.

L'autorité judiciaire, la Cour de cassation aussi bien que les Cours d'assises, n'a pas le droit de les apprécier et de les interpréter, mais elle a le droit et le devoir de les appliquer.

Or, si les premières conclusions de Lamirande rejetées par le premier arrêt de la Cour d'assises de la Vienne provoquaient évidemment une appréciation et une interprétation; il est non

[1] *Traité de la hiérarchie administrative*, t. I, p. 160, n° 119.

[2] *Cours de Code pénal et leçons de législation criminelle*, 2e édit., p. 581 et 582.

Digitized by Google

moins évident que les secondes conclusions de Lamirande prétendaient faire obstacle *à une application pure et simple* du traité et de l'acte d'extradition, application requise à bon droit par le ministère public, d'après les instructions que le ministre de la justice avait incontestablement le pouvoir de lui donner « en une matière si délicate, qui intéresse la paix de « l'empire, puisqu'il importe de ne pas troubler les rapports « qui existent avec les puissances amies [1]. »

Ces instructions ne liaient sans doute que l'officier du ministère public au point de vue des réquisitions qu'il avait à prendre, et ne prétendaient nullement lier la Cour, souveraine maîtresse de ses convictions et de sa décision.

Mais ce qui liait la Cour, c'étaient les lois de 1790, de 1791 et de l'an III; c'était le principe de la séparation des pouvoirs, qui après avoir si bien inspiré le premier arrêt de la Cour, commandait encore le second, en obligeant les magistrats à *appliquer* des actes administratifs et gouvernementaux, qu'il leur avait interdit quelques minutes avant d'*interpréter* et d'*apprécier*.

Il est toutefois un rapport sous lequel la dépêche de M. le ministre de la justice a exercé sur la cause une influence directe et légale.—Nous ne voulons pas parler de la partie de la dépêche dans laquelle le Garde des sceaux traçait au chef du parquet de la Cour de Poitiers la voie qu'il devait suivre, les réquisitions qu'il devait prendre; à cet égard la dépêche n'avait pour les magistrats du siége que l'influence d'une opinion toujours considérable, d'une autorité purement scientifique, respectant entièrement l'indépendance du juge. — Mais nous voulons parler des parties de la dépêche consacrées à la constatation des faits accomplis pour l'extradition de Lamirande. Il n'a pas été dit dans la cause que l'acte d'extradition de Lamirande fût produit, cet acte que la Cour a dû refuser d'interpréter et d'apprécier, mais qu'elle a appliqué en même temps que le traité même d'extradition.

La Cour avait en mains ce traité d'extradition passé en 1843 entre la France et la Grande-Bretagne, ce traité qui oblige les deux hautes parties contractantes à l'extradition pour faux et ne les y oblige ni pour abus de confiance ni pour vols quali-

[1] Circulaire ministérielle du 5 avril 1841.

Digitized by Google

fiés; il a été régulièrement promulgué en France; il est au *Bulletin des lois*.

Mais l'acte d'extradition de Lamirande, nous ne l'avons pas vu produire par le ministère public; il n'a rien été dit dans le débat indiquant qu'il fût au dossier de l'instruction, que la Cour l'eût entre les mains. Tout semblerait même concourir, avec ce silence, à faire croire que la Cour ne l'avait pas; cet acte étant aux pièces, les deux arrêts de la Cour l'auraient visé. Le premier arrêt de la Cour n'a visé nominativement parmi les documents de la cause que la dépêche de M. le ministre de la justice du 25 novembre 1866; le second arrêt n'en fait pas mention particulière; mais lorsqu'il dit « qu'il résulte *des documents de la « cause* que Lamirande après sa fuite au Canada n'a été « réclamé par le gouvernement français et livré par les au- « torités britanniques qu'à raison des crimes de faux, confor- « mément aux traités d'extradition existant entre la France « et la Grande-Bretagne »; ce second arrêt se réfère évidemment, comme le premier, à la dépêche ministérielle, car il n'a été produit au débat aucun autre document qui contînt ces constatations.

Donc il semble constant, en fait, que la Cour d'assises n'avait point l'acte d'extradition; que cet acte n'a pas été produit; que la dépêche du garde des sceaux a tenu lieu de cette production.

Dans cette situation particulière, quel était le droit rigoureux de la Cour?

C'était évidemment de demander la production de cet acte, soit en original, soit en copie certifiée; on ne saurait en douter, puisque le ministère public, suivant les instructions du ministre, prenait des réquisitions pour que la Cour fît l'application de cet acte; on ne saurait contester à la Cour le droit d'exiger cette production, surtout si l'accusé, qui en aurait le droit, venait à contester sous ce rapport la teneur de l'acte d'extradition. Nous ne sommes pas du reste dans le secret de l'action publique, et peut-être le ministère public était-il en mesure de produire cet acte si le débat avait porté sur ce point. Quoi qu'il en soit, il n'est pas douteux que le droit de la Cour, à qui le ministère public demandait de faire l'application de cet acte, était d'en exiger la production.

Digitized by Google

Mais si tel eût été, suivant nous, le droit incontestable de la Cour, pouvant aller de ce chef jusqu'au sursis pour la production de l'acte à appliquer [1], la Cour devait-elle en user dans l'espèce, surtout en l'absence de contestations sur la réalité de ce fait, d'ailleurs conforme au traité et attesté par la dépêche ministérielle, à savoir que Lamirande n'avait été demandé par le gouvernement français et extradé par le gouvernement du Canada qu'à raison des faits de faux en écriture de commerce ou de banque? Nous ne le pensons pas. Notre législation, Dieu merci, n'est pas formaliste; et puisqu'à cet égard le contexte de l'acte d'extradition n'était l'objet d'aucune contestation, la Cour a usé de son droit de considérer comme établi au procès, notamment par la dépêche du garde des sceaux qui donnait à ce fait sa haute attestation, que Lamirande n'avait été demandé par la France et ne lui avait été livré par l'acte d'extradition qu'en raison des faits de faux en écriture de commerce ou de banque, conformément au traité de 1843.

La teneur de l'acte d'extradition étant tenue au procès comme constante, la Cour avait le droit et le devoir de l'appliquer. Ainsi, point de contradiction dans la dépêche du 25 novembre 1866; point de contradiction dans la jurisprudence de la Cour de cassation; point de contradiction entre les deux arrêts de la Cour d'assises de la Vienne du 3 décembre 1856; le principe de la séparation des pouvoirs prescrivait également leurs solutions.

Une dernière observation doit encore ici trouver sa place. Nous avons dénié à la Cour d'assises le droit de surseoir au jugement, après avoir laissé débattre devant elle la légalité de l'extradition, et pour provoquer du gouvernement sur cette question de légalité une appréciation qu'il a déjà faite en livrant l'accusé à l'autorité judiciaire. Personne ne confondra

[1] Il faut bien remarquer que le droit d'exiger cette production n'appartiendrait pas, dans notre opinion, à la Cour, si la procédure suivait son cours ordinaire, si l'arrêt de renvoi était purgé dans toutes ses parties, parce qu'alors la Cour n'aurait pas à appliquer l'acte d'extradition; mais du moment qu'elle est requise d'en faire l'application en scindant les divers chefs de l'arrêt de mise en accusation, il nous paraît impossible de refuser à la Cour le droit et les moyens d'en connaître la teneur, bien qu'il ne semble pas être dans les traditions de la Chancellerie de le produire.

Digitized by Google

le droit de surseoir pour un pareil motif, que nous lui refusons, avec le droit de surseoir dont nous allons parler en ce moment et que nous avons déjà constaté dans les lignes qui précèdent.

Lorsque le ministère public vient demander à la Cour d'assises d'appliquer un acte d'extradition, comme dans l'affaire Lamirande, en restreignant le débat à certains chefs, la nécessité d'un sursis peut se présenter et résulter du principe même de la séparation des pouvoirs loin d'y porter atteinte.

Nous pouvons raisonner du reste avec l'affaire Lamirande.

En premier lieu, si, comme nous le disions tout à l'heure, la Cour, en cas de contestation sur sa teneur, eût jugé nécessaire la production de l'acte d'extradition de Lamirande dont elle était requise de faire l'application, elle eût pu surseoir au jugement, comme dans toute autre affaire, la cause n'étant pas en état en raison de l'absence aux pièces de l'acte à appliquer.

En second lieu, l'acte d'extradition produit ou tenu pour tel en raison des documents de la cause, peut être l'objet d'une véritable difficulté d'interprétation. La Cour d'assises ne peut en faire que l'application pure et simple; et s'il y a véritablement un doute, une obscurité dans cet acte d'extradition dont l'application est demandée, la Cour doit surseoir jusqu'à ce que cette interprétation soit donnée par l'autorité compétente. Cette difficulté ne se présentait pas dans l'affaire Lamirande; et personne ne confondra non plus le sursis dont nous parlons ici, que l'accusé ou le ministère public pourront demander, ou que la Cour pourra prononcer d'office, avec le sursis au jugement que nous avons refusé à la Cour le droit de prononcer au nom du principe de la séparation des pouvoirs. Ici il n'y aura de la part de la Cour et des parties aucune appréciation expresse ou implicite de la légalité de l'acte; il s'agit seulement de savoir s'il résulte ou non de l'acte d'extradition, que l'accusé a été livré en raison d'un ou de plusieurs des crimes qui lui sont reprochés.

Mais, comme on l'a vu dans la citation que nous avons faite de Foucart, de M. Dufour et des arrêts de la Cour de cassation qu'il a cités, il faut pour qu'il en soit ainsi qu'il y ait vraiment obscurité dans l'acte dont l'application est requise.

Digitized by Google

« Le principe de la séparation des pouvoirs, dit aussi M. Ser-
« rigny[1], et la règle qui, par voie de conséquence, donne à l'au-
« torité administrative l'interprétation de ses actes, n'obligent
« pas les tribunaux à s'abstenir de juger, par cela seul qu'une
« des parties litigantes prétend que le sens d'un acte admi-
« nistratif produit en justice est obscur et équivoque. Si,
« nonobstant cette allégation, l'acte paraît clair et précis aux
« tribunaux, ils peuvent passer outre au jugement du fond,
« sans s'arrêter à la demande en renvoi devant l'autorité admi-
« nistrative pour interprétation. S'il en était autrement, l'es-
« prit de chicane aurait un moyen facile d'entraver la décision
« des causes civiles[2], en alléguant l'obscurité des actes ad-
« ministratifs. » — Et le savant auteur ne cite pas en ce sens moins de treize arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

Dans cet ordre d'idées peut se placer, en matière d'extradition, l'arrêt *Dormenon*, rendu par la chambre criminelle le 4 septembre 1840 et que nous avons déjà plusieurs fois cité; on y lit en effet « que le demandeur oppose à la poursuite « exercée contre lui que son extradition n'a été demandée et « obtenue du gouvernement du canton de Genève, qu'à cause « du crime de banqueroute frauduleuse dont il se trouvait « accusé, et que depuis son acquittement de cette accusation « aucun acte dudit gouvernement ne l'a livré à la justice fran-« çaise pour les délits qui sont actuellement l'objet de l'action « du ministère public... » Et comme il s'agissait de savoir si l'accusé avait été extradé pour ces autres faits, cet arrêt de la Cour de cassation qui casse l'arrêt de la Cour de Dijon refusant de surseoir jusqu'à ce que la question d'interprétation de l'acte intervenu ait été faite par le gouvernement, peut s'expliquer à ce point de vue et conformément au principe de la séparation des pouvoirs.

Il en est de même de la partie finale d'un passage reproduit ci-dessus de la circulaire ministérielle du 5 avril 1841, qui cite cet arrêt de la Cour de cassation.

En fait, il est bon de reconnaître que les hypothèses

[1] *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, 2e édit., t. I, p. 20 et 21.

[2] Nous ajoutons « et criminelles », l'auteur n'ayant naturellement en vue que le *de eo quod plerumque fit*.

Digitized by Google

où l'application de l'acte d'extradition pourrait nécessiter une interprétation seront bien rares, la Cour pouvant toujours passer outre, nonobstant les demandes d'interprétation qu'elle ne jugerait pas fondées. En dehors de ces circonstances exceptionnelles, qui ne doivent jamais avoir pour effet de soulever aucune question d'appréciation, ni en fait ni en droit, au point de vue de la légalité ou de la régularité de l'extradition, non plus qu'aucune question d'interprétation des traités, la Cour aura toujours le droit et le devoir d'*appliquer* l'acte d'extradition, en ne jugeant contradictoirement l'accusé que pour les faits en raison desquels il aura été livré par le gouvernement étranger.

Les instructions contenues dans la dépêche ministérielle du 25 novembre 1866 sont à cet égard en parfaite harmonie avec la circulaire ministérielle du 5 avril 1841 [1], et l'une et l'autre avec le principe de la séparation des pouvoirs.

§ 2.

Du consentement de l'extradé à être jugé contradictoirement à raison d'infractions qui n'ont pas fait l'objet de l'extradition.

La Chancellerie n'a pas toujours eu la même manière de voir en ce qui concerne les effets du consentement d'un extradé à être contradictoirement jugé sur les faits à raison desquels son extradition n'a pas été consentie.

La circulaire ministérielle, si complète d'ailleurs, du 5 avril 1841, ne s'expliquait pas en ce qui concerne le consentement de l'extradé, et ce silence significatif, surtout après le passage que nous venons de reproduire en note, permet d'augurer que dans la pensée du ministre de la justice en 1841 ce consentement était inefficace.

Bientôt après du reste, en 1843, le ministère de la justice eut l'occasion de manifester son sentiment sur ce point d'une manière formelle, et il le fit dans le sens que nous venons

[1] « Comme ces actes d'extradition sont non-seulement personnels à celui « qu'on livre, mais qu'ils énoncent en outre le fait qui donne lieu à l'ex- « tradition, l'individu qu'on a livré ne peut être jugé que sur ce fait. — « Si pendant qu'on procède à l'instruction du crime pour lequel il est livré, « il surgit des preuves d'un nouveau crime pour lequel l'extradition pour- « rait être également accordée, il faut qu'une nouvelle demande soit formée « à cet égard. »

Digitized by Google

d'attribuer au silence gardé à cet égard par la circulaire du 5 avril 1841.

L'arrêt de la Cour d'assises du Pas-de-Calais du 15 février 1843, dont nous avons déjà reproduit la première partie portant « que les conséquences de l'extradition ne peuvent pas s'étendre au delà du fait qui l'a motivée », ajoute : — « Mais « attendu que l'accusé, dûment interpellé, déclare renoncer « au bénéfice de l'exception résultant en sa faveur des prin- « cipes ci-dessus posés, et consentir à ce qu'il soit par la Cour « statué sur celle des réponses du jury qui est affirmative à « son égard »; et, en conséquence, l'arrêt prononce une condamnation en deux mois d'emprisonnement pour un fait d'abus de confiance qui n'avait pas été l'objet de l'extradition.

Dès que cet arrêt du 15 février 1843 fut porté à la connaissance du garde des sceaux, celui-ci improuva cette décision par une dépêche adressée au procureur général de Douai, et dont voici les termes :

« Il est de règle qu'un accusé, livré par un gouvernement « étranger, ne peut être mis en jugement que pour le fait « même qui a motivé son extradition, et qu'en cas d'acquitte- « ment sur ce fait, il doit être immédiatement reconduit à la « frontière pour y être mis en liberté. — Le consentement « donné par L... à sa mise en jugement pour abus de confiance, « et même la connexité de ce délit avec le fait principal, ne « sauraient motiver une exception à cette règle, qui a toujours « été scrupuleusement suivie entre la France et la Belgique. « Je vous invite à vous concerter immédiatement avec l'auto- « rité administrative pour que L... soit sur-le-champ reconduit « à la frontière belge et rendu à la liberté [1]. »

M. Faustin Hélie a mentionné cette décision du garde des sceaux, et l'approuve au point de vue qui nous occupe de la valeur du consentement donné par l'extradé. — « Il est cer- « tain, dit-il [2], que l'adhésion du prévenu ne peut modifier ni « les règles de la compétence ni l'exécution d'une convention « dans laquelle il n'a point été partie. »

M. Legraverend [3] pense au contraire que le consentement

[1] Sirey, 1843, 2, 228, en note de l'arrêt de la Cour d'assises du Pas-de-Calais; — et *Journal du droit criminel*, t. XV, p. 134.

[2] T. II, p. 720.

[3] T. I, chap. 1, sect. 8, p. 113.

Digitized by Google

de l'extradé à être jugé sur les autres faits autorise les tribunaux à prononcer.

Nous ne trouvons sur ce point qu'un arrêt de la Cour de cassation; c'est l'arrêt *Pascal* du 24 juin 1847, déjà cité dans la partie où cet arrêt décide que le président des assises, en avertissant les jurés et l'accusé, aussitôt après la lecture de l'acte d'accusation et de l'arrêt de renvoi, qu'il ne serait procédé au jugement que pour les faits en raison desquels l'extradition avait eu lieu, et, en ne posant aucune autre question au jury, avait fait une juste application des principes sur l'extradition. — Cet arrêt dispose en outre :

« Attendu qu'au moment où le président de la Cour d'assises « a donné cet avertissement aux jurés et à l'accusé, ce dernier « n'a élevé aucune réclamation à cet égard; qu'il n'a pas non « plus, ainsi qu'il en avait le droit, présenté à la Cour d'assises « des demandes ou conclusions tendantes à être jugé sur tous « les chefs d'accusation compris dans l'arrêt de renvoi, et à « ce que, nonobstant les limitations de l'acte d'extradition, il « fût procédé aux débats et à la position des questions au jury « sur le délit de banqueroute simple; qu'il a donc ainsi vir- « tuellement consenti et acquiescé à ce que les débats et la « position des questions fussent circonscrits dans les limites « de l'acte d'extradition; d'où il suit que le président de la « Cour d'assises a pu restreindre les questions qu'il a posées « au jury, à celles qui avaient été l'objet de la demande en « extradition et de l'acte qui l'a ordonnée [1]. »

Tels sont les précédents.

Nous constatons qu'ils sont aussi peu nombreux que contradictoires, tant au point de vue de la solution de la question de droit relative à la valeur du consentement de l'extradé, qu'au point de vue de la procédure suivie.

L'arrêt de 1843 de la Cour d'assises du Pas-de-Calais se prononce formellement (et c'est la seule décision péremptoire en ce sens) pour l'efficacité du consentement de l'extradé, mais il faut remarquer que la Cour d'assises du Pas-de-Calais avait passé outre au jugement et à la position des questions au jury sur tous les points, sans avoir provoqué le

[1] Dalloz, 47, 1, 202; — Sirey, 47, 1, 676; — Journal du Palais, 47, 2, 171.

Digitized by Google

consentement de l'accusé, et que ce n'est qu'après le verdict du jury qu'interpellé par le président l'accusé a déclaré consentir à l'arrêt de condamnation.

La dépêche ministérielle de 1843, en complète harmonie avec le silence de la circulaire de 1841, blâme, non-seulement le procédé suivi par la Cour d'assises du Pas-de-Calais, mais même la solution donnée en droit relativement à l'efficacité du consentement de l'extradé.

L'arrêt de la Cour de cassation de 1847 reconnaît, dans ses motifs (car c'est un autre point de droit que son dispositif avait à résoudre), le droit de l'extradé de demander à purger contradictoirement tous les chefs de l'arrêt de mise en accusation; et par là cet arrêt se prononce implicitement en faveur de l'efficacité du consentement de l'extradé à renoncer aux conditions de l'acte d'extradition. — Au point de vue des formes suivies, cet arrêt constate que c'est avant l'ouverture des débats que le président de la Cour d'assises de la Seine avait donné à l'accusé et au jury l'avertissement dont s'agit; de sorte que dans cette affaire il n'y avait eu sur les chefs en dehors de l'extradition, ni débat, ni position de questions au jury, contrairement à ce qui avait eu lieu devant la Cour d'assises du Pas-de-Calais en 1843.

Ainsi ces précédents diffèrent, et au point de vue des procédés d'instruction suivis, et au point de vue de la solution donnée à la question de droit.

Dans l'affaire Lamirande, que s'est-il passé devant la Cour d'assises de la Vienne, au point de vue qui nous occupe en ce moment?

Nous n'hésitons pas à dire que, d'une part, c'est le meilleur procédé d'instruction, le seul régulier, qui a été suivi; et, d'autre part, que la décision affirmative du second arrêt de la Cour, relativement à l'efficacité du consentement qu'aurait pu donner l'extradé, est aussi la seule solution conforme aux principes et à la loi.

I.

Parlons d'abord des formes de l'instruction suivies dans l'affaire Lamirande, en les comparant avec les précédents que nous venons d'étudier.

Aussitôt après la lecture de l'acte de mise en accusation et

Digitized by Google

de l'arrêt de renvoi, ayant même que le président ait pu utilement interpeller l'accusé au point de vue qui nous occupe en ce moment, la défense ayant déposé ses conclusions tendantes à la nullité de l'extradition de Lamirande et subsidiairement à un sursis, le ministère public ayant pris les réquisitions que nous savons, il a fallu vider cet incident.

Ce n'est donc qu'après le premier arrêt de la Cour, que les débats pouvaient s'ouvrir au fond, et c'est seulement alors que M. le président a pu, ainsi qu'il devait le faire et qu'il l'a fait, mettre l'accusé en demeure de dire s'il consentait ou non à être jugé pour les faits en raison desquels l'extradition n'avait été ni demandée ni consentie.

Lamirande n'ayant pas donné le consentement dont il s'agit, le président a averti l'accusé et le jury qu'il ne serait procédé au jugement contradictoire de l'accusé et qu'il n'y aurait de question posée au jury, que pour les faits de faux dans les termes de l'acte d'extradition que la Cour devait appliquer.

Alors furent prises les conclusions et réquisitions connues de nos lecteurs et sur lesquelles la Cour, vidant ce nouvel incident, a rendu son second arrêt par nous déjà apprécié à un autre point de vue.

En ce qui concerne le procédé d'instruction, cet arrêt de la Cour d'assises entrant lui-même dans la voie sagement suivie par le président, confirme implicitement ce qui a été fait à cet égard par ce magistrat en vertu de ses pouvoirs d'instruction; il décide par là même que c'était bien en effet à l'ouverture des débats que l'accusé et le jury devaient être prévenus de la restriction apportée à l'arrêt de renvoi (au point de vue du débat contradictoire et des questions à poser au jury) par la nécessité d'appliquer l'acte d'extradition, et que c'était bien à ce moment que l'accusé devait, s'il le jugeait à propos, faire connaître son consentement.

Ce procédé est préférable à celui suivi, en 1843, par la Cour d'assises du Pas-de-Calais. Ce que le principe de la séparation des pouvoirs et les lois qui en contiennent la formule commandent, c'est, ainsi que nous l'avons vu, l'application pure et simple de l'acte d'extradition. Or l'acte d'extradition ne s'opposait pas seulement dans l'espèce à la *condamnation* contradictoire de

Digitized by Google

Lamirande pour les faits de vols et d'abus de confiance, il s'opposait à ce qu'il fût *jugé* contradictoirement pour ces faits; donc le verdict du jury, qui est une partie du jugement criminel, ne devait pas s'expliquer sur ces faits; donc nulle question ne devait lui être posée sur ces chefs. La Cour d'assises de la Vienne a donc respecté le principe de la séparation des pouvoirs dans ses conséquences au point de vue de l'instruction, tandis qu'à cet égard l'arrêt de la Cour d'assises du Pas-de-Calais en contenait la violation.

La procédure du président de la Cour d'assises de la Vienne est préférable aussi, à un autre point de vue, à la procédure suivie par le président de la Cour d'assises de la Seine dans l'affaire de 1847. Ce dernier magistrat avait bien donné en temps utile, comme il a été fait dans l'affaire Lamirande, l'avertissement qu'il ne serait procédé au jugement que pour les faits compris dans l'acte d'extradition et qu'aucune autre question ne serait posée au jury; mais il y avait une autre chose à faire et qu'il n'a pas faite, tandis que le président de la Cour d'assises de la Vienne n'y a pas manqué. L'arrêt de la Cour de cassation de 1847 dit en effet que l'accusé n'avait pas usé de son droit de demander à être jugé sur tous les faits compris dans l'acte d'accusation, et il semble résulter de cet arrêt qu'il n'avait pas été interpellé à l'effet de dire s'il donnait à cet égard ou refusait son consentement. Le président de la Cour d'assises de la Vienne a procédé autrement; il n'a pas attendu la manifestation spontanée d'un accusé à qui le trouble ou l'ignorance de ces matières délicates peuvent faire échapper l'occasion d'exercer un droit utile, sans que la défense la plus expérimentée puisse toujours y suppléer en raison de la responsabilité qui peut résulter d'un avis et d'une intervention personnelle sur une détermination si délicate et si grave. M. le président a formellement interpellé Lamirande, et il a bien fait. Nous hésitons à dire qu'une mise en demeure de cette nature soit une formalité substantielle; l'arrêt de la Cour de cassation de 1847 nous démentirait, et nous ne pourrions citer aucun texte la prescrivant; l'accusé peut en effet prendre l'initiative de cette manifestation de son consentement; mais il faut éviter toute surprise, tout malentendu; c'est une question de justice et presque de loyauté. Aussi l'interpellation nette et précise adressée à Lamirande par M. le président

Digitized by Google

Aubugeois de la Villedubost, nous paraît-elle ne pouvoir être ni trop applaudie, ni trop imitée.

Nous en disons autant de la suspension d'audience accordée, sur la demande de la défense, pour lui permettre d'éclairer l'accusé sur la portée et les conséquences de sa réponse à l'interpellation du président. On voit là le respect scrupuleux des droits de la défense, qui sont aussi bien l'honneur que le devoir de la magistrature française.

L'instruction, les formes suivies à Poitiers, ont donc été préférables à ce qui avait été pratiqué jusqu'à ce jour, d'après les indications qui nous sont fournies par la jurisprudence.

Nous devons toutefois dans cet ordre d'idées relatif aux formes suivies, placer une autre observation que nous suggèrent le second incident et les conclusions de la défense qui l'ont soulevé. Lamirande interpellé avait fini par répondre qu'il ne consentait pas à être jugé pour les faits de vols et d'abus de confiance relevés dans l'arrêt de la Chambre des mises en accusation. En présence de cette déclaration de l'accusé, nous nous demandons si ses défenseurs étaient recevables à conclure à ce qu'il fût procédé au jugement sur tous les chefs relevés dans l'arrêt de renvoi ? N'y avait-il pas contradiction entre la déclaration faite par l'accusé et les conclusions prises en son nom ?

En présence de cette situation au moins singulière, la Cour n'aurait-elle pas eu le droit de passer outre, sans examiner si ces conclusions étaient fondées, et en les déclarant purement et simplement non recevables comme contraires à la déclaration personnelle de l'accusé ? Ou bien n'aurait-elle pas eu le droit d'exiger, avant tout débat, qu'elles fussent signées par l'accusé, en l'avertissant hautement, de manière à éviter toute espèce d'équivoque ou de surprise, que ces conclusions signées de lui ne pouvaient être que la manifestation d'un changement de volonté à l'effet de demander volontairement à être jugé même en raison des faits pour lesquels il n'était pas extradé.

La défense en outre ne cherchait-elle pas à attribuer à son client une situation impossible, à force d'être trop avantageuse ? Par leurs conclusions, si elles eussent été accueillies, les habiles avocats de Lamirande auraient conquis pour lui les avantages, faciles à comprendre pour quiconque a la moindre

Digitized by Google

expérience de la Cour d'assises, de la position des questions de vols et d'abus de confiance; tandis que Lamirande, par son refus de consentir à être jugé sur ces chefs, se serait assuré l'impunité au cas où le verdict du jury négatif sur les faits de faux eût été affirmatif sur les faits de vols et d'abus de confiance, impunité infaillible, soit en raison de la cassation ultérieure de l'arrêt de condamnation, rendu dans ces circonstances, soit surtout et certainement en raison de l'obligation dans laquelle aurait été le gouvernement français, au point de vue du droit des gens, de faire reconduire Lamirande à la frontière, comme cela fut fait, mais sans raison, nonobstant la condamnation prononcée à Arras en 1843.

Envisagé sous cet aspect, cet incident a vraiment présenté quelque chose d'étrange et d'anormal. Si la défense y donnait une nouvelle preuve, et d'un esprit fécond en ressources, et d'un dévouement toujours louable à sa grande et difficile mission, elle n'avait, ce nous semble, de son côté, ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni ceux de l'instruction criminelle.

II.

Il ne nous reste plus maintenant, et notre tâche sur ce point est à l'avance en grande partie remplie, qu'à apprécier la décision du second arrêt de la Cour d'assises de la Vienne, en date du 3 décembre 1866, par rapport à l'efficacité que cet arrêt attribue au consentement d'un extradé à être jugé à raison des faits non compris dans l'acte d'extradition.

Sous ce rapport, il est facile de reconnaître que l'arrêt de la Cour d'assises du Pas-de-Calais de 1843, l'arrêt de la Cour de cassation de 1847, et l'arrêt de la Cour d'assises de la Vienne de 1866, malgré leurs divergences sous les divers points de vue que nous avons signalés, admettent tous également l'efficacité du consentement de l'extradé.

Sous ce rapport, il n'y a eu de divergence que dans la jurisprudence suivie à la Chancellerie; nous n'en trouvons pas dans celle des cours.

A la Chancellerie, au contraire, nous avons vu l'efficacité d'un tel consentement, d'abord passée sous silence dans la circulaire ministérielle de 1841, puis formellement condamnée dans la dépêche du garde des sceaux de 1843.

Digitized by Google

Nous la voyons au contraire aujourd'hui formellement admise par la dépêche du garde des sceaux en date du 25 novembre 1866, disant au chef du parquet de la Cour de Poitiers : « Vous devrez vous conformer à la convention diplo-« matique et à mes instructions en requérant que l'accusé ne « soit jugé que sur le chef de faux, *à moins qu'il n'accepte « volontairement la décision du jury sur les autres points.* »

D'après ce que nous avons dit plus haut, ces mots doivent être entendus en ce sens que le jury ne peut être interrogé, ni le débat engagé, sur ces autres chefs, sans le consentement préalable de l'extradé.

C'est du reste ce qui a été très-nettement formulé dans l'arrêt de la Cour d'assises de la Vienne, lorsqu'il dit : « que « l'extradé ne peut être jugé contradictoirement par la Cour « d'assises que sur les chefs d'accusation pour lesquels son « extradition a été accordée, à moins qu'il ne consente expres-« sément à être jugé sur tous les chefs compris dans l'arrêt de « mise en accusation. »

Il faut savoir gré à la Cour de ce mot « expressément », qui considère à bon droit comme un refus de consentement toute réponse équivoque comme celle faite d'abord par Lamirande et consistant à dire « qu'il ne voulait ni consentir ni ne pas consentir ». Cette première réponse de Lamirande, et celle par laquelle il a formellement déclaré plus tard qu' « il ne consentait pas », sont absolument équipollentes au point de vue du droit. Il n'aurait pu être jugé contradictoirement à raison des faits de vols et d'abus de confiance, qu'autant qu'il y aurait *expressément consenti.*

Ce point de droit étant ainsi déterminé au point de vue de ses conséquences et de sa portée, nous l'apprécierons rapidement au point de vue de sa valeur légale, en renvoyant à des explications déjà données.

Nous n'hésitons pas à préférer la doctrine ministérielle de 1866, conforme aux trois arrêts de 1843, 1847 et 1866, à la doctrine qui a inspiré, sous ce rapport, la circulaire de 1841 et la dépêche du garde des sceaux de 1843.

Nous n'admettons pas que l'acte d'extradition soit un acte de la puissance publique tellement rigoureux qu'il ne puisse recevoir de modification même avec le consentement ou sur la demande de l'accusé. Le consentement librement donné

Digitized by Google

par l'accusé, sans surprise, en entière connaissance de cause, après qu'il a pu s'éclairer sur toutes ses conséquences en conférant avec son défenseur, nous paraît être l'équivalent d'un retour volontaire.

Sans doute nous admettons bien en règle générale « que l'adhésion d'un prévenu ne peut modifier les règles de la compétence, ni l'exécution d'une convention dans laquelle il n'a point été partie ». Mais nous soutenons que l'exécution de cette convention ne peut lui nuire, en ce sens qu'elle puisse lui enlever, lorsqu'il se trouve en présence de la justice de son pays, un droit qui appartiendrait à tout autre accusé. Ce droit, c'est celui de purger en entier, s'il y trouve son avantage, l'arrêt de mise en accusation dans les liens duquel il se trouve.

Sans doute le principe de la séparation des pouvoirs, d'accord avec la raison d'État et les règles du droit des gens, limitent la compétence de la Cour d'assises par la nécessité qui lui est imposée de faire l'application pure et simple de l'acte d'extradition. Mais le principe de la séparation des pouvoirs, mais la raison d'État, mais les règles du droit des gens, ne peuvent pas rendre pire la situation d'un accusé français devant ses juges. Alors il peut invoquer le droit commun de la législation criminelle de son pays, et s'en couvrir comme d'une égide inviolable contre toute exception aux règles ordinaires.

Pour cela, il lui suffit de consentir franchement et sans équivoque aux avantages qui, dans un autre intérêt que le sien, pouvaient résulter à son profit du principe de la séparation des pouvoirs, de la raison d'État et du droit international.

Ce consentement suffit; on ne peut lui refuser le droit de le donner utilement, sans violer en lui les franchises de la défense et les droits inhérents à sa position d'accusé.

Si ces prétendus avantages de n'être jugé contradictoirement que sur une portion des chefs de l'arrêt de renvoi, lui paraissent être des dangers, et cela peut être; si la restriction à l'arrêt de renvoi, résultant de la nécessité d'appliquer l'acte d'extradition, lui paraît aggraver sa situation; s'il considère que l'éloignement du débat de faits et de chefs moins graves peut augmenter ses chances de condamnations sur le chef

Digitized by Google

unique et plus grave pour lequel il y a eu extradition; on ne peut, sans injustice, lui refuser de le juger dans les mêmes conditions que tous les autres citoyens; on ne peut, sans injustice, le maintenir malgré lui sous l'empire d'une exception qui lui préjudicie.

Voilà ce que le garde des sceaux de 1841 et de 1843, se plaçant à un autre point de vue, ne paraît pas avoir entrevu.

Sans doute en passant la frontière, l'accusé n'a pu par sa fuite acquérir aucun droit; nous l'avons établi; mais aussi sa fuite n'a pu lui faire perdre aucun droit; et c'est un droit inviolable qui lui appartient, que celui de purger entièrement l'arrêt de renvoi dans un débat contradictoire.

Ce droit appartient à tous les accusés; c'est le droit commun du Code d'instruction criminelle; ni la fuite ni l'extradition ne peuvent les faire perdre. La fuite et l'extradition ne peuvent faire à l'accusé une situation ni meilleure ni pire. L'extradé n'a pas plus de droits que les autres accusés; mais il a tous leurs droits. Disons mieux : en tant qu'extradé il n'a aucun droit; en tant qu'accusé, il a tous les droits des autres accusés.

C'est ce que consacrent les arrêts de 1843, 1847, 1866, et la dépêche ministérielle de 1866.

Nous renvoyons du reste aux développements compris dans notre seconde section, lorsque nous avons concilié le défaut de qualité de l'extradé à demander l'annulation de son extradition, avec le droit que nous lui reconnaissons ici d'exiger que l'on procède à son jugement contradictoire dans les termes de l'arrêt de mise en accusation; déjà nous y avons posé en principe que la fuite de l'extradé ne peut, ni lui donner, ni lui enlever aucun droit.

Ici s'achève ce travail, qui, à l'occasion d'une même affaire où toutes les questions se sont posées, nous a conduit à embrasser la recherche et le développement des principes, l'examen critique de la doctrine et de presque tous les arrêts rendus sur cette importante matière.

Cette théorie de l'extradition, au point de vue des droits de l'extradé et du principe de la séparation des pouvoirs, nous a montré, en présence et sur un même terrain, liées entre elles

Digitized by Google

par les points de contact les plus étroits, trois branches de notre droit public, le droit international, le droit criminel et le droit administratif, se heurtant d'abord, puis se combinant pour faire un ensemble qui ne manque point d'harmonie, et dans lequel les droits souverains de l'État trouvent leur place légitime, sans porter atteinte aux garanties inviolables que le droit commun assure à l'accusé, les uns et les autres placés sous la libre sauvegarde de l'autorité judiciaire [1].

THÉOPHILE DUCROCQ.

DU CARACTÈRE DE L'OBLIGATION DU LOCATAIRE

EN MATIÈRE DE LOUAGE D'IMMEUBLES

ET DU DROIT DU LOCATEUR EN CAS DE FAILLITE,

Par M. H. THIERCELIN, ancien avocat à la Cour de cassation.

Après les immenses travaux qui se sont accumulés sur le droit et particulièrement sur la matière des contrats, il semblerait que la doctrine et la jurisprudence ne dussent avoir à appliquer aux cas toujours nouveaux qui se produisent, que des principes dès longtemps élucidés et hors de contestation. Le champ a été fouillé dans tous les sens ; l'analyse paraît avoir été poussée à ses plus extrêmes limites ; la science moderne, depuis Dumoulin, a incessamment accru ce riche fonds de l'antique sagesse en matière de droit, que Justinien a résumée et condensée dans les Pandectes. Cependant nous voyons de temps à autre surgir des difficultés pour la solution

[1] Lamirande a laissé passer le délai de trois jours sans former de pourvoi en cassation ; les deux arrêts de la Cour d'assises de la Vienne du 3 décembre 1866 ont donc actuellement acquis l'autorité de la chose jugée. Mais nous ne saurions mettre en doute qu'un pourvoi en cassation n'eût amené une nouvelle et éclatante application du principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire en matière d'extradition.

Digitized by Google

desquelles, ayant à remonter aux principes élémentaires, on s'étonne de les trouver si peu fixés. C'est ainsi que la question de savoir si le locateur d'un immeuble peut se faire payer immédiatement et par privilége de tous les loyers à échoir, au cas de faillite du locataire, soulève les questions les plus neuves et les plus délicates sur le caractère des droits et des obligations du locateur et du locataire en matière de louage. Ayant été des premiers à traiter cette difficulté, depuis qu'elle a réveillé l'attention publique [1], nous éprouvons le besoin de revenir aux questions capitales qu'elle met en jeu : les études dont elles ont été l'objet dans diverses publications en rendent l'examen moins incertain, et l'importance pratique par laquelle elles se révèlent doit faire souhaiter qu'elles soient promptement résolues pour tous.

Nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit ailleurs [2] de la doctrine qui permet au locateur de se faire payer de tous les loyers à échoir au cas de faillite du locataire. La raison pratique n'acceptera jamais sans murmurer un système qui autorise le propriétaire d'un immeuble à faire périr le gage des créanciers de la faillite, sans pouvoir se prévaloir d'un intérêt légitime, et même lui fait réaliser éventuellement, au milieu d'un désastre commun aggravé par sa rigueur, un bénéfice imprévu. Mais ce système est la conséquence, croit-on, logique d'une doctrine plus haute, selon laquelle la créance du locateur à raison de ses loyers serait une créance à terme, et l'obligation du locataire une obligation à terme. Quel est en réalité le caractère de la créance du locateur et de l'obligation du locataire? Sont-elles conditionnelles en soi, comme des jurisconsultes l'ont pensé? Sont-elles à terme ou pures et simples, ou ne sont-elles rien de tout cela? Selon la doctrine à laquelle on se rangera, la question particulière qui soulève tant de discussions se trouvera préjugée différemment. Si, en effet, la dette du locataire était à terme, l'événement de la faillite la rendrait exigible d'après les articles 1188 du Code Napoléon et 444 du Code de commerce. Pour nous, les créances du locateur et l'obligation du locataire ne sont ni conditionnelles ni à terme; elles ont un caractère particulier

[1] Jurisprudence générale, D. P., 62, 2, 1.
[2] *Ibid.*

Digitized by Google

qui ne permet pas de les ranger dans aucune de ces deux classes [1].

La doctrine qui range la créance du locateur et l'obligation du locataire parmi les créances et les obligations conditionnelles, part d'une notion, que nous croyons erronée, de la condition considérée comme une modalité de l'obligation. Pour être une modalité de l'obligation, l'événement ou le fait que l'on appellera condition doit être étranger au but que se propose d'atteindre la partie qui s'oblige; s'il représente l'objet de l'obligation, il n'est plus une condition, mais une cause. Pothier définit la condition : « Le cas d'un événement futur et incertain qui peut arriver ou ne pas arriver, duquel on fait dépendre l'obligation [2]. » Cette définition, qui est passée à peu près dans notre Code civil (art. 1168), est vraie, si l'on entend que l'obligation dont on subordonne l'existence à un événement futur et incertain, a déjà en soi une cause licite, nécessaire à son existence éventuelle ; mais elle serait fausse, si l'on entendait que toute obligation qui aurait pour cause un événement futur et incertain fût par cela seul une obligation conditionnelle.

Dans toute obligation il faut distinguer les conditions essentielles à sa validité (art. 1108) et les modalités, comme la condition ou le terme, dont elle peut être affectée (art. 1168 à 1189). Une obligation sans cause ne peut avoir aucun effet (art. 1131). Or quelle serait la cause de l'obligation du locateur et de l'obligation du locataire si ces deux obligations étaient l'une et l'autre des conditions? Nous disons que l'obligation du locateur a pour cause le prix que le locataire s'oblige à lui payer, et que l'obligation du locataire a pour cause la jouissance que le locateur est tenu de lui procurer. Et comme le même fait ne peut pas être à la fois, sans logomachie, une cause et une condition; comme la raison ne comprendra jamais que la même obligation puisse être à la fois simple, c'est-à-dire réduite à ce qui est de l'essence de toute obligation, et affectée d'une modalité, c'est-à-dire compliquée

[1] Il est sans doute inutile d'avertir que dans toute la discussion qui va suivre, nous ne supposons pas qu'une condition ou un terme aient été expressément stipulés. Nous nous plaçons dans l'hypothèse d'un bail pur et simple en cours d'exécution.

[2] *Traité des obligations*, part. II, chap. 3, § 1.

Digitized by Google

d'un élément non essentiel, nous concluons dès à présent que les obligations du locataire et du locateur n'ont rien de conditionnel en soi.

L'erreur dans laquelle nous paraissent tomber ceux qui considèrent les obligations nées d'un contrat de louage comme nécessairement conditionnelles, cette confusion de la condition et de la cause, remonte peut-être par le Code civil jusqu'à Pothier, et peut-être Pothier pourrait-il rejeter sur l'indigence de la langue quelques-unes de ses équivoques. Ainsi Pothier, et les rédacteurs du Code civil après lui, distinguent, parmi les conditions, les conditions casuelles dépendant entièrement du hasard, les conditions protestatives dépendant d'un fait d'une des parties et les conditions mixtes dépendant du concours de la volonté du créancier et de celle d'un tiers; et Pothier cite comme exemple d'une condition potestative ma promesse de donner à un voisin une somme d'argent s'il abat sur son champ un arbre qui me gêne la vue [1]. — Quel que soit notre respect pour le grand nom de Pothier, nous ne pouvons voir, dans la stipulation de l'enlèvement de l'arbre de ce propriétaire, autre chose qu'une cause de l'obligation de la somme d'argent qui lui est promise, et non une condition proprement dite, c'est-à-dire une modalité de cette obligation. Et ce qui montre que ce n'est pas une condition, mais une cause, c'est que l'on ne pourrait la rayer de la convention sans que la promesse de la somme d'argent fût nulle pour défaut de cause, à moins que le promettant n'eût eu en vue de faire une donation, ce qui n'est pas dans l'hypothèse de Pothier et ne pourrait se réaliser qu'au moyen d'un acte fait dans les formes requises pour la validité des donations.

En droit romain, une stipulation pouvait être faite sous une condition potestative : *Si in Capitolium ascendero aut non ascendero, dare spondes*[2]? et la stipulation était conditionnelle dans l'acception particulière du mot; mais cela tenait à un état du droit qui n'a rien de commun avec le nôtre. La stipulation en droit romain valait par elle-même quand la forme en avait été régulière; aucune cause n'était requise, toutes les conditions qu'elle contenait étaient des modalités de la stipu-

[1] *Traité des obligations*, part. II, chap. 3, § 1.
[2] Inst., *De verb. obligationibus*, § 4.

Digitized by Google

lation et de l'obligation qui en naissait. — Dans notre droit français, au contraire, une clause potestative ne peut être une modalité de l'obligation quand elle en représente l'objet. Mon obligation d'aller à Rome si vous me donnez 3,000 fr. n'est pas conditionnelle; elle serait conditionnelle si j'avais ajouté : au cas où vous ne seriez pas marié au 15 juin. Il faut donc distinguer entre les conditions potestatives. Mais la condition casuelle est toujours une veritable condition, une modalité de l'obligation, une telle condition ne pouvant jamais en représenter l'objet, être une cause.

Nous repoussons donc comme contraire à la vérité de droit cette doctrine dans laquelle le vendeur et l'acheteur en matière de vente, le locateur et le locataire dans un contrat de louage, seraient toujours obligés sous condition. Une vente peut être conditionnelle; elle l'est si sa réalisation est subordonnée à un événement fortuit, à un fait d'autrui ou à un fait d'une des parties contractantes. Un contrat de louage l'est dans les mêmes circonstances; et quand ces contrats seront conditionnels, les obligations des contractants le seront aussi, naturellement. Mais un acte de vente et un contrat de louage seront sans condition, à prendre le mot *condition* dans son acception spéciale et juridique, aussi souvent qu'ils n'auront pas une existence subordonnée à un fait étranger; et les obligations du vendeur et de l'acheteur, du locateur et du locataire ne seront pas moins des obligations simples, quoiqu'elles soient la corrélation les unes des autres et réciproquement une cause. Ou plutôt elles seront simples parce qu'elles sont réciproquement une cause.

Dans la doctrine que nous combattons, il faudrait presque changer une partie de la terminologie juridique de la matière des contrats. La condition, qui ne peut être rationnellement qu'une modalité de l'obligation, une *pars adjecta*, se trouverait être, au contraire, de l'essence de tous les actes synallagmatiques; tous les actes à titre onéreux seraient des actes conditionnels; on pourrait appeler indifféremment la même chose des noms de clause, de cause, de condition, etc. Or nous disons que la même chose ne peut pas être indifféremment tout cela. Pour qu'un fait soit une condition, il faut qu'il puisse disparaître sans que l'obligation cesse d'exister. Enlevez d'un bail, comme étant la condition l'une de l'autre, l'obliga-

Digitized by Google

tion du bailleur et celle du locataire, et il ne restera plus rien.

Le second système que nous nous sommes proposé d'examiner, et dans lequel on considère l'obligation du locataire comme une obligation à terme par elle-même, plus dangereux que le premier par les conséquences qu'on en peut faire découler, ne nous paraît pas mieux fondé en droit. Pothier définit le terme « un espace de temps accordé au débiteur pour s'acquitter de son obligation. [1] » Il résulte de cette définition très-exacte, que le terme, comme Pothier le dit lui-même, ne suspend pas l'engagement, mais en diffère seulement l'exécution [2]. Donc, pour que l'obligation du locataire envers le bailleur fût une obligation à terme par elle-même, il faudrait que ce locataire fût engagé à tout ce qui est l'objet du contrat dès la convention de louage, de façon que la dette des loyers commençât à courir pour le tout dès le contrat; et si au contraire la convention de louage, tout en obligeant dès à présent le bailleur et le locataire, n'a pas pour effet de faire naître actuellement toute la dette de loyer, comme nous espérons le démontrer, on n'appellera pas l'obligation du locataire une obligation à terme, ou tout au moins le terme ne partira pas du moment du contrat pour aboutir à celui de l'exigibilité.

Les défenseurs du système de l'obligation à terme du locataire ne paraissent pas se rendre compte du caractère de l'obligation du bailleur, laquelle détermine le caractère de l'obligation du locataire. Le plus récent d'entre eux, M. Albert Desjardins, raisonne comme si l'obligation du bailleur était de même sorte que celle du vendeur, qui en délivrant la chose vendue a accompli toute son obligation actuelle. Le locateur aurait exécuté son obligation autant que la nature du contrat le permet, en mettant le locataire à même d'entrer en jouissance; c'est maintenant à celui-ci à exécuter la sienne; il doit tous ses loyers à terme; si un événement quelconque le fait déchoir des termes, il ne lui restera plus qu'à payer [3].

Cette méprise nous étonne au delà de ce que nous pouvons dire. Par le contrat de louage, « l'une des parties s'oblige à

[1] *Traité des obligations*, part. II, chap. 3, art. 3, § 1.
[2] *Ibid.*, § 2; Code Napoléon, art. 1185.
[3] V. *Revue critique*, juillet 1866, p. 1 et suiv.

Digitized by Google

faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'obliger à lui payer » (art. 1709). Or cette jouissance est un fait durable, continu, successif. En réduisant l'obligation actuelle du locateur à la délivrance de la chose louée, ou plus exactement en ramenant son obligation continue au moment présent, on enlève dans le contrat de louage ce qui en fait le caractère propre, la pérennité de l'obligation du bailleur. Est-ce bien la délivrance de la chose qui constitue l'obligation du locateur? N'est-ce pas la procuration de la jouissance, qui ne peut avoir lieu que par la délivrance de la chose et son entretien en bon état? Doneau a dit avec raison que le louage a pour objet une prestation mutuelle, mais que le loyer n'est pas payé en vue de la chose, mais de l'usage de la chose : *Id agitur non ut pro re, sed pro usu rei pecunia detur*[1]. Qu'importe, en effet, le fait de la délivrance, si la procuration de la jouissance ne s'ensuit pas? En faisant payer le locataire avant que le bailleur ne lui ait procuré la jouissance promise, ou seulement en déclarant son obligation née pour le tout, on intervertit l'ordre des obligations; l'effet précède la cause; l'objet du contrat de louage n'est plus la jouissance d'une chose moyennant un prix, c'est le payement d'un prix moyennant une jouissance éventuelle et bien souvent problématique.

Mais le locateur ne peut faire plus que de livrer la chose pour que le locataire en jouisse; la nature des choses y répugne! — Je comprends ses raisons. Je m'étonne seulement que ne pouvant résumer en un moment son obligation successive, ce bailleur prétende à l'existence actuelle de toute l'obligation du locataire, laquelle ne peut être, hors de l'hypothèse d'une clause particulière où nous ne sommes pas ici, qu'une conséquence de l'accomplissement de la sienne. Pourquoi invoque-t-il cette impossibilité résultant de la nature, quand on ne lui demande rien au delà du contrat? Le locataire ne doit de loyer que pour prix de sa jouissance; si cette jouissance ne peut pas être résumée en un instant par le locateur, nul ne se plaindra. Mais que ce dernier au moins ne se prévale pas d'une impossibilité de la nature des choses, pour demander l'exécution d'une obligation que

[1] *Comment. de jure civili*, lib. XIII, cap. 6, § 1.

Digitized by Google

cette même nature des choses doit avoir empêché de naître.

Comme on le voit, pour justifier cette doctrine de l'obligation à terme du locataire, on est obligé de changer le caractère de l'obligation du bailleur, d'en faire un fait simple, au lieu de le reconnaître comme un fait continu, successif. On dénature, on anéantit cette obligation; on renverse le contrat; on intervertit les rôles; on substitue, à l'obligation de faire jouir du locateur, l'obligation de délivrer la chose louée, ce qui n'est qu'une simple condition du fait de la jouissance. On raisonne sur une convention de louage comme s'il s'agissait d'une vente d'usufruit. On sera inévitablement conduit à voir dans le prix du bail un prix unique, et dans les *termes* autant d'*annuités*. Toutes erreurs injustifiables pour qui voudra y penser. Nous les repoussons au nom de la raison de droit. La doctrine de l'obligation à terme du locataire devient impossible à défendre si, analysant le contrat de louage, on en conserve tous les éléments. Nous pourrions dès à présent conclure que l'obligation du locataire n'est pas une obligation à terme. Mais nous continuerons. Pour compléter notre démonstration, après avoir vu ce que n'est pas l'obligation du locataire, voyons ce qu'elle est en réalité.

Les jurisconsultes romains reconnaissaient aux obligations trois objets possibles : donner, faire ou prester. *Obligationum substantia consistit ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel præstandum*[1]. Dans son acception la plus large, le mot *præstare* exprime l'accomplissement de tout ce qui est compris dans une obligation; mais dans sa signification particulière et plus juridique, *præstare* veut dire procurer une jouissance. L'obligation du bailleur est de *præstare;* c'est le mot qu'emploient toujours les jurisconsultes romains dans la matière du louage.

Or la *præstatio* est de sa nature un fait successif. L'obligation de celui qui est tenu de prester a ainsi un caractère de continuité. Si l'obligation du bailleur est successive, l'obligation du locataire sera successive également; en d'autres termes, à raison de la successivité de la cause, son obligation suivra chaque instant de la jouissance que le locateur lui aura procurée conformément au contrat, et la dette du loyer, pour

[1] Dig., *De oblig. et act.*, L. 3, pr., Gaius, *Comment.*, IV, 2.

Digitized by Google

chaque jour, sera de l'importance représentative de cette jouissance d'après l'estimation que les parties en ont faite dans le contrat. Nous distinguons, en effet, l'obligation de tenir à loyer, qui naît du contrat, et la dette de loyer, qui naît à chaque instant de la durée du bail. Toute autre théorie du contrat de louage aboutirait à des contradictions. Que serait-ce que cette obligation du locataire, naissant tout entière et complète dès le jour du contrat, et s'arrêtant juste au moment où le fait de la jouissance deviendrait impossible? Si l'on me dit qu'il y a alors résolution par l'effet de la condition résolutoire tacite de l'article 1184, je réponds que cette condition n'en est pas une; qu'elle est la loi de tous les contrats synallagmatiques, qui cessent quand ils n'ont plus de cause, ou ne continuent pas quand la cause ne continue pas. Ce que l'article 1184 appelle condition résolutoire n'est en effet que la cessation de la cause du contrat. Cet article n'a voulu dire qu'une chose : que les obligations d'un contrat cessent quand la cause cesse. Il ne fait que répéter les articles 1108-4° et 1131, et en les répétant mal, dans l'esprit de ceux qui ne scrutent pas suffisamment sa pensée, il brouille les idées.

Notre théorie du contrat de louage, qu'aucun jurisconsulte à notre connaissance n'a présentée ouvertement, parce que la nécessité n'en était pas encore apparue, est en définitive la théorie de tous ceux qui se sont occupés du louage, quand ils ont eu à fixer le caractère de l'obligation du locataire. Nous ne pouvons entrer ici dans un examen qui deviendrait bien vite fastidieux; nous ne parlerons que de la doctrine de Pothier, que les rédacteurs du Code ont suivi pas à pas dans la matière des contrats. Or Pothier fait naître la dette du locataire, non du seul fait de la promesse, mais du fait de la jouissance qu'a procurée le bailleur. Dans son *Contrat de louage,* il se demande quand le loyer doit être payé. « Lorsqu'une métairie, dit-il, est louée pour une certaine somme de ferme par chaque année, la ferme étant le prix de la récolte, elle est proprement due aussitôt que la récolte est faite; néanmoins elle n'est pas aussitôt exigible; il faut donner le temps au fermier de battre les grains et de faire de l'argent[1]. »

Ainsi Pothier distingue dans la dette du fermier la naissance

[1] *Contrat de louage*, part. III, chap. 1, art. 1.

Digitized by Google

et l'exigibilité : la dette naît, non du seul fait de la promesse et au jour du contrat, mais du fait de la jouissance et dans la mesure où le fermier a joui. Quant à l'exigibilité, elle se règle par la convention et à défaut par l'usage des lieux. Pothier reproduit cette doctrine dans d'autres traités, aussi souvent qu'il a à caractériser l'obligation du fermier ou locataire. La conséquence juridique est facile à tirer. L'obligation du locataire ne sera ni conditionnelle, ni à terme, ni pure et simple, en ce sens qu'elle pourrait se résumer en un fait unique, en un payement immédiat et complet. A moins d'une convention qui modifierait la situation naturelle des parties, elle sera comme celle du bailleur, immédiate quant au point de départ, mais durable, continue, successive, et aucun des principes qui régissent l'obligation conditionnelle et l'obligation à terme ne pourra lui être appliqué. L'obligation de tenir à loyer naîtra aussi du contrat; mais la dette du loyer ne naîtra que du fait de la jouissance que le bailleur aura procurée, si l'on n'ose pas soutenir qu'une obligation peut exister sans cause.

L'article 586 vient fortifier cette doctrine, en disposant que les fruits civils, parmi lesquels il faut ranger le prix des baux à terme et le loyer des maisons, s'acquièrent par l'usufruitier jour par jour. On nous dit que cette disposition ne signifie rien, n'ayant pour objet que de régler les rapports de l'usufruitier et du propriétaire. Je réponds à cette objection peu sérieuse que le législateur ne fait rien arbitrairement, et que si l'usufruitier acquiert les loyers des maisons jour par jour, c'est parce qu'il est de la nature du louage que les fruits civils de cette sorte naissent chaque jour.

Mon esprit se refuse absolument à concevoir comment une obligation prolongée et incessante, mais unique, pourrait être une obligation à terme; car, ne l'oublions pas, si les loyers sont échelonnés pendant toute la durée du bail, et à ce point de vue de véritables termes, l'obligation du locataire ne cesse pas pour cela de correspondre à chaque instant de raison de la jouissance que le locateur doit lui procurer.

Mais quel sera, dans cette doctrine, le droit actuel du bailleur, et quel sera le droit actuel du locataire? Pour le bailleur, nul doute ne peut naître : le contrat de louage l'aura obligé à faire jouir le locataire de la chose louée, et pour cela à la lui délivrer d'abord et à l'entretenir ensuite en l'état

Digitized by Google

voulu pour toute la durée du bail (art. 1719). Pour le locataire, la question paraît plus difficile. Il est certain que le contrat de louage lie le locataire aussi étroitement que le locateur, et qu'il n'est pas plus loisible à l'un qu'à l'autre de déserter le contrat. Mais, en définitive, le droit du locataire sera de même nature que celui du locateur : chacun aura droit à une prestation du même caractère en droit, c'est-à-dire continue et successive, avec cette seule différence que l'obligation du locateur sera successive par une nécessité de nature, et celle du locataire par une nécessité de droit.

L'erreur de nos contradicteurs consiste surtout à penser que la dette du locataire naît du seul fait de la promesse, abstraction faite de toute idée de cause. Nous pensons, au contraire, que la cause et l'objet d'une obligation communiquent à la promesse leur caractère; que si l'obligation de tenir à bail naît du contrat, la dette du loyer n'a de cause que dans le fait de la jouissance. Ma promesse ne suffit pas pour m'obliger, s'il n'y a pas de cause (art. 1108 et 1131), et si la cause est successive, mon obligation née se continuera dans la mesure où l'autre partie aura accompli la sienne. L'obligation du bailleur et celle du locataire naissent du contrat; mais elles durent l'une et l'autre et se prolongent parallèlement.

En exposant ailleurs la théorie sur laquelle nous revenons ici, nous avons dit que l'obligation du bailleur étant durable et rien ne garantissant qu'elle puisse s'accomplir jusqu'au bout, ce bailleur n'avait sur la totalité du fermage stipulé qu'un droit éventuel. En effet, si l'immeuble loué vient à périr, le bail ne sera pas résilié, comme l'article 1722 le dit, d'une manière peut-être impropre, mais cessera faute d'objet. Ce droit éventuel paraît avoir étonné beaucoup, et l'on nous demande quel jurisconsulte a jamais eu la pensée de réduire le locateur à un droit éventuel, tandis qu'il serait obligé par le contrat.

Nous répondons que cette éventualité existe pour le locataire comme pour le locateur, attendu qu'elle ne tient pas au droit; qu'elle n'est autre chose qu'un fait physique, et qu'ainsi l'obligation du locateur et celle du locataire ont le même caractère. Et si l'on nous demande de citer un jurisconsulte qui ait professé notre opinion, nous citerons, outre Pothier, qui est très-explicite sur ce point, comme nous l'avons vu

Digitized by Google

plus haut, tous ceux qui ont traité du louage; car il n'en est pas un à qui il ne soit arrivé de dire, incidemment ou non, violenté par la vérité, que la dette du locataire naît de la prestation du bailleur.

Tous les jurisconsultes, nous l'affirmons, ont en réalité pensé comme nous; mais il faut les lire. Bien plus, la loi elle-même, notre Code civil contient telles dispositions d'où il faut nécessairement induire comme règle générale que, quand une obligation est continue, successive, le bénéfice s'en acquiert continûment, successivement. Ainsi l'article 1980 du Code civil, à propos de la rente viagère, dispose : « La rente viagère n'est acquise au propriétaire que dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu. — Néanmoins, s'il a été convenu qu'elle serait payée d'avance, le terme qui a dû être payé est acquis du jour où le payement a dû en être fait. » *D'avance* quoi? Ce ne peut pas être d'avance sur les termes stipulés dans le contrat, puisque c'est des termes mêmes de ce contrat qu'il s'agit. Le mot *d'avance* ne peut se référer ici qu'aux époques où les arrérages commencent à être dus. En d'autres termes, l'article 1980 dit que la dette des arrérages du débiteur-rentier naît chaque jour, quoique le contrat ait peut-être trente ans de date. Mais la convention, en avançant ou reculant l'exigibilité, peut faire que le profit en soit acquis avant ou après le moment où par la nature des choses la dette commence à exister. Nous ne disons pas autre chose de l'obligation du locataire.

Mais alors, dit-on, le louage sera un contrat réel, où le locateur sera obligé *consensu* et le locataire sera obligé *re*. — Pas plus que la vente d'une chose de quantité, répondrons-nous sans hésitation, où l'acheteur n'est obligé à payer son prix que parce que le vendeur a dû, ne fût-ce qu'un instant de raison auparavant, livrer la chose ou promettre de la livrer. Dans la vente et dans le louage, les obligations des parties sont les causes l'une de l'autre; mais l'obligation du vendeur et celle du bailleur sont des causes antécédentes à celles de l'acheteur et du locataire. Il n'y a que le contrat d'échange où les causes se produisent simultanément. Prolongez par la pensée, si cela est possible, l'accomplissement des obligations de l'acheteur et du vendeur; dilatez le contrat, et vous trouverez entre eux les mêmes rapports qu'entre le bailleur et le locataire. Resserrez

Digitized by Google

par la pensée, au contraire, l'obligation successive du bailleur et l'obligation successive du locataire, chacune en un fait unique; condensez le contrat, et vous aurez entre ces contractants des rapports de même nature qu'entre l'acheteur et le vendeur.

Ainsi notre doctrine se termine à cette idée, que dans toute convention contractuelle l'obligation des contractants est du même caractère que l'objet de la convention. L'obligation du locataire naîtra du contrat, mais du contrat tel qu'il est, successif par son objet, successif par la cause des obligations, et conséquemment successif par la volonté des contractants. Elle naîtra immédiatement; mais par la force des choses et du droit, elle sera durable, prolongée; nous avons trouvé plus simple et plus clair de dire que la dette du loyer naît dans la mesure où le locateur exécute le contrat.

Si nous sommes parvenu à nous faire comprendre, l'erreur de nos contradicteurs qui défendent la doctrine de l'obligation à terme du locataire, apparaîtra dans l'assimilation erronée qu'ils font de l'obligation de *præstare* du locateur (fait successif) à l'obligation de *dare* du vendeur (fait unique), comme dans la confusion du *pretium* de l'acheteur (chose simple) avec la *merces*, la *pensio*, le *reditus* du locataire (choses continues). Qu'ils distinguent des choses dissemblables, les unes par une nécessité de nature, les autres conséquemment, par une nécessité de droit; qu'ils parlent la langue toujours si sûre des jurisconsultes romains, qu'ils ont sans doute en grand honneur; qu'ils prennent le contrat de louage tel qu'il est, et toutes les équivoques disparaîtront.

En démontrant que l'obligation du locataire n'est pas une obligation à terme, nous avons établi de nouveau que le seul fait de la faillite du locataire n'entraîne pas l'exigibilité du prix du bail.

H. THIERCELIN.

Digitized by Google

RÉPONSE A M. DUVERGER,

Par M. Batbie,

A PROPOS DE LA *RÉVISION DU CODE NAPOLÉON.*

PREMIÈRE LETTRE.

Monsieur et cher collègue,

Comme je m'étais proposé de répondre par un seul article aux objections que vous faites à plusieurs de mes propositions sur la Révision de notre Code civil, j'avais d'abord résolu d'attendre la fin de votre travail. Mais vous m'avez fait l'honneur d'une longue réfutation, et, comme sa publication pourrait durer encore assez longtemps, je devancerai le moment que je m'étais assigné pour répliquer. Ma réponse gagnera peut-être à la division des matières, et d'ailleurs j'éprouve quelque impatience à prendre la parole; car, mon travail est attaqué de tous côtés, en province comme à Paris. C'est à vous principalement que je répondrai, toutes les réfutations que j'ai lues étant absorbées par celle que vous publiez. Avec vous d'ailleurs il y a plaisir à lutter, parce que vous excellez à bien poser les questions, à éliminer ce qui est étranger au débat; vous ne permettez pas que la discussion s'égare, et je suis sûr de vous rencontrer sinon de vous convaincre.

Ce qui a été surtout attaqué, c'est ma proposition relative au mariage religieux. Rappelons en quoi elle consistait. Selon moi, la liberté de conscience serait pleinement sauvegardée si, au moment où les époux se présentent devant l'officier de l'état civil, on leur demandait : Voulez-vous, *oui* ou *non*, célébrer le mariage religieux? » Si non, le mariage serait définitif par la célébration devant le maire; si oui, la perfection du mariage serait subordonnée à la célébration religieuse devant le curé, le pasteur ou le rabbin, et ne deviendrait parfaite que lorsque cette formalité aurait été mentionnée en marge de l'acte de mariage. Je trouvais à cette proposition deux avantages. Premièrement, cette modification rendrait impossible la résistance de l'époux qui avait promis à son conjoint, tacitement ou expressément, que la cérémonie religieuse sui-

Digitized by Google

vrait le mariage civil, résistance plus fréquente qu'on ne croit; car beaucoup de faits demeurent inconnus, les familles cherchant en cas pareil à éviter le bruit. En second lieu, j'avoue que j'avais choisi cette question, certain qu'elle attirerait l'attention, pour faire une expérience sur l'esprit libéral de notre temps. Sous ce dernier rapport, ma tentative a obtenu un plein succès. J'ai pu me convaincre, par les attaques qui me sont venues de différents côtés, que chacun entend confisquer le droit individuel suivant ses doctrines modernes ou surannées, et que la plupart, sinon tous, ne prennent conseil que de leurs passions, méritant ainsi le reproche de n'avoir rien oublié ni rien appris. Les uns m'ont accusé de réaction contraire à la liberté de conscience, et les autres m'ont traité de tiède parce que je ne proposais pas de rendre au clergé la tenue des actes de l'état civil. D'un côté on m'a reproché de proposer un retour aux édits de Louis XVI et d'autre part de n'y pas revenir suffisamment. Je croyais avoir trouvé un moyen d'assurer plus complétement la liberté de conscience, et je suis accusé par-ci de vouloir l'opprimer, par-là de ne pas l'opprimer assez. Toutes ces déclamations n'ont produit sur moi aucune impression. J'ai ma passion aussi; elle tend à faire reconnaître le droit individuel partout, non pas seulement *en moyenne*, mais toujours et dans les cas les moins fréquents. Ceux-là seulement ont le respect du droit individuel qui le défendent sur une tête avec la même énergie que s'il était menacé sur un grand nombre. Ce n'est pas l'aimer que de combattre pour sa défense sur une moyenne de cas, en laissant l'injustice librement triompher dans l'exception. Je n'ai vu dans la question du mariage religieux qu'un moyen de faire respecter le droit de l'individu; ceux qui ont trouvé autre chose dans ma proposition en ont mal compris la portée et le but.

Ce n'est pas de votre réfutation que j'entends parler en m'exprimant ainsi; les arguments que vous m'opposez sont plus sérieux. Mais, quelque graves que soient vos objections, aucune ne m'a convaincu; et j'ai le regret de constater que notre dissentiment est complet. Il est un point d'abord sur lequel je ne puis tomber d'accord avec vous. Vous soutenez que tout est prévu dans notre Code, que l'oppression dont je signale la possibilité ne peut pas avoir lieu, et que l'époux auquel son conjoint refuse la célébration du mariage reli-

Digitized by Google

gieux a reçu de notre loi le moyen de se défendre. Il pourrait, dites-vous, ou refuser la cohabitation ou demander la séparation de corps. Accordez-moi d'abord que ces moyens ne sont que des palliatifs, et que si l'on revisait la loi, il vaudrait mieux prévenir le mal que d'accorder un remède insuffisant. Accordez-moi aussi que ces deux moyens ne sont pas d'un effet bien assuré, et qu'il y a, sur ce point, des divergences et des incertitudes telles que les époux ne peuvent pas compter sur l'allégement que, selon vous, la loi a préparé. Il y a des tribunaux qui admettent le refus de cohabitation et la séparation de corps; mais d'autres ne sont pas de cet avis, et, en cette matière, *la vérité dépend d'une ligne administrative.* Vous-même constatez cette diversité d'avis et avez la bonne foi de citer, à côté des jugements favorables à votre opinion, les décisions qui lui sont contraires. Votre opinion serait d'un grand poids; mais, quelque autorité que vous ayez, vous ne mettrez pas, je le crains du moins, tous les tribunaux d'accord. Lorsque la loi s'exprime si peu clairement, que ses interprètes vont en tous sens, refusant d'écouter la voix de ceux qui tentent de les rallier, il m'est impossible de la trouver irréprochable, et j'ai de la peine à croire qu'elle ait tout prévu lorsqu'elle ordonne si peu ou si mal[1]. Je vais même jusqu'à croire que votre interprétation de la loi n'est conforme ni à son texte ni à son esprit. *A son texte!* Montrez-moi une disposition qui tienne un compte quelconque de la célébration religieuse. Tous les articles supposent qu'après la comparution devant l'officier de l'état civil le mariage est définitivement contracté, et qu'à partir de ce moment les droits du mari commencent. Il n'est question du mariage religieux qu'une seule fois dans notre législation, et c'est dans les articles qui prohibent, sous des peines sévères, la célébration du mariage religieux faite avant celle du mariage civil. L'esprit de la loi se révèle suffisamment par cet ordre d'idées, et les tribunaux qui empêcheraient un conjoint de réclamer ses droits d'époux, sous prétexte qu'il ne consentirait pas à célébrer le mariage religieusement, donneraient

[1] Vous reconnaissez, dans votre article, ce que je dis ici : « Si mon savant collègue, dites-vous, se bornait à demander que le texte de la loi exprimât formellement ce que la doctrine et la jurisprudence ont décidé, je ne soulèverais, en définitive, qu'une difficulté de rédaction. »

Digitized by Google

une interprétation tourmentée de notre Code. Que dire de la séparation de corps? On qualifie d'*injure grave* le refus d'aller à l'église, au temple ou à la synagogue. Mais les mots ne veulent donc pas dire ce qu'ils signifient naturellement. Où est l'injure dans le fait du conjoint qui refuse de se prêter à une cérémonie qu'il craint de profaner, et en admettant qu'il soit de bonne foi, que lui objectera-t-on s'il se borne à dire, comme il peut le faire : « C'est vrai, j'ai promis le mariage religieux parce que « je craignais, si j'avais été sincère, de ne pas vous obtenir. « Mais il m'est impossible de pousser plus loin le mensonge, et « jamais je ne consentirai à faire une simagrée. » Où est l'injure grave? Il faut la trouver dans un retour à la franchise, tandis qu'elle serait, à mon sens, bien plus caractérisée dans la continuation de cette hypocrisie, si l'hypocrisie était prouvée. Admettre que, dans ce cas, il y a injure grave, c'est pousser l'*ars distinguendi* jusqu'à l'*ars torquendi leges*, et mériter une fois le reproche de subtilité qu'on nous adresse trop souvent. Vous admettez, mon cher collègue, que la séparation de corps ne doit pas être prononcée si le mari n'emploie ni l'obsession ni la persécution pour triompher de la résistance de la femme? Ainsi votre palliatif est, de votre aveu, insuffisant.

La loi laisse, au moins dans certains cas, le mal sans remède, et cela suffit pour qu'elle soit à reviser; car, je le répéterai jusqu'à extinction de forces, la justice ne se contente pas des moyennes, et il faut rechercher le droit jusqu'à ce que pas une personne au monde n'ait à souffrir d'une loi imparfaite, si la loi peut être améliorée. Le moyen que je propose ne vous paraît pas bon, et il faut sans doute qu'il ne le soit pas puisque peu de personnes ont adopté ma proposition. Au moins mon travail a-t-il produit un effet que je tiens pour considérable. Il a fait réfléchir sur cette matière; et, par ces réflexions, de bons esprits ont été amenés à penser qu'une réforme était nécessaire. Ainsi quelques-uns [1] ont proposé d'imiter ce qui a été fait en Italie, dans le nouveau Code civil, c'est-à-dire de laisser aux parties la liberté de choisir le moment où elles célébreront le mariage religieux et de le faire, à leur gré,

[1] C'est l'opinion émise par M. Glasson, professeur agrégé à la Faculté de droit de Nancy, *Du consentement au mariage*, n° 193, et adoptée par M. Desjardins (Albert), professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris, *Revue historique*, 1866, 631.

Digitized by Google

avant ou après le mariage civil. Je ne tiens pas à mon projet; si vous pensez que le parti qui a été adopté en Italie vaut mieux que ma proposition, je me rallie volontiers à cette idée. Pourvu qu'on trouve un moyen de faire respecter le droit individuel, je déclare que je serai satisfait, alors même qu'il serait sauvegardé autrement que par l'adoption de mes propres conceptions. Mais je sais que vous trouvez imprudente la résolution du législateur italien. A votre sens, imiter ce qui a été fait en Italie, ce serait altérer notre loi, non l'améliorer. Je vais donc défendre purement et simplement ma proposition, en vous démontrant (je tâcherai du moins) qu'elle n'a pas les défauts qui lui ont été reprochés. Je ne commencerai pas ma démonstration sans avoir fait observer que de toutes les opinions celle qui consiste à défendre le *statu quo* offre le plus d'inconvénients; car elle laisse le mal sans remède ou du moins elle n'y apporte que des palliatifs qui ont le triple défaut d'être 1° insuffisants, 2° incertains et 3° contraires au texte de la loi.

Vous vous êtes montré homme de goût en ne m'opposant pas, comme l'ont fait des adversaires en veine d'érudition pédantesque, qu'à Rome il y avait des *actus legitimi* n'admettant ni mode ni condition, et que le mariage doit être un de ces actes-là. Cette objection n'a pas seulement le défaut de pédantisme, et de plus elle est fausse, de tout point, en droit romain. Il est admis par les Romanistes les plus autorisés qu'à Rome le consentement ne suffisait pas pour parfaire le mariage; à la volonté devait s'ajouter un fait extérieur qui manifestât l'établissement commun, le *consortium omnis vitæ*. Ordinairement ce fait extérieur se composait de cérémonies qui avaient un caractère religieux. Est-ce à dire que le mariage était conditionnel? Nullement; il était imparfait tant que les cérémonies n'avaient pas eu lieu. Une *solennité* n'est pas une *condition*, et j'ai été fort surpris de voir que vous-même, mon cher collègue, aviez confondu ces deux notions pourtant bien distinctes [1]. On me reproche de faire du mariage

[1] La loi 77, au Dig., *De diversis regulis juris*, contient une énumération énonciative des *actus legitimi*. Ceux qui sont cités sont des actes solennels, et cependant la loi dit : *Nec diem nec conditionem recipiunt*. Ainsi la solennité est parfaitement distincte de la condition. Dans sa monographie sur la *Théorie de la condition en droit romain*, p. 105, M. Bufnoir renonce à donner des *actus legitimi* une définition satisfaisante : « Si l'on

Digitized by Google

un contrat conditionnel; et cette objection a été trouvée tellement forte par ceux qui l'ont imaginée, qu'on se borne maintenant à l'indiquer comme si elle condamnait définitivement ma proposition. La donation, l'hypothèque, les conventions matrimoniales ne sont parfaites que moyennant certaines solennités. Enseignez-vous qu'avant la réalisation de ces formes, il y avait un contrat conditionnel? Non, et vous dites, ce qui est vrai, qu'il n'y avait pas contrat, le simple consentement ne pouvant pas créer l'obligation toutes les fois que les formes sont exigées *non ad probationem tantum sed ad solemnitatem*. Comment oubliez-vous, dans la matière qui nous occupe, les notions que vous distinguez si bien pour les autres contrats solennels? Reconnaissez donc que ma proposition tend à changer les solennités du mariage et à modifier les circonstances de sa perfection, mais non à faire du mariage un *contrat conditionnel*[1].

A la même idée se rattache l'objection que d'autres m'ont faite de réduire la célébration devant l'officier de l'état civil à n'être que de *simples fiançailles*. D'abord, quand même cela serait vrai, je n'y verrais que peu d'inconvénients. Un mot n'est pas une objection, et je crois que l'auteur de l'argument prend des mots pour des raisons. La différence est cependant saillante : 1° La célébration de l'officier civil est, dans ma proposition, définitive lorsque les époux ont déclaré qu'ils entendaient s'en tenir à cette formalité. Vous avouerez que, dans ce cas, il ne s'agit pas de simples fiançailles et que l'acte de mariage demeure ce qu'il est aujourd'hui. 2° Lorsque les époux déclarent qu'ils veulent célébrer le mariage religieusement, c'est encore l'acte devant le maire qui sera l'acte de mariage; seulement il ne sera parfait que par la mention, en

dit, avec des commentateurs modernes, que ce sont des actes solennels (M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 184) ou encore des actes venant de l'ancien droit (Vernet, *Textes*, p. 149), ou même si l'on réunit ces deux idées en disant que ce sont des actes *solennels* qui viennent de l'ancien droit civil, on sera dans le vrai mais dans le vague. » Ce qui n'est pas vague, en tout cas, c'est que les *actus legitimi* marquent parfaitement la différence entre la *solennité* et la *condition*.

[1] La condition est un événement futur et incertain qui dépend ou du hasard (*condition casuelle*) ou de la volonté de *l'une des parties* contractantes (*condition potestative*). Mais on n'a jamais appelé condition une formalité pour laquelle le consentement *des deux parties* est exigé.

Digitized by Google

marge, du fait de la célébration religieuse. Mais c'est à cette preuve qu'il faudra recourir toutes les fois que le mariage sera contesté, quant à son existence ou à sa date. Qu'y a-t-il là de commun avec les fiançailles? Les fiançailles n'ont jamais été le mariage, et, partout et en tout temps, elles n'ont été qu'une promesse; jamais on ne leur a reconnu la force d'un acte de mariage.

Il me reste à réfuter un dilemme auquel vous attachez une valeur décisive. De deux choses l'une, dites-vous : ou la célébration religieuse ne vaudra que si elle est faite dans les circonstances qui la rendent canoniquement valable, ou bien une célébration religieuse quelconque suffira. Dans le premier cas, la validité du mariage dépendra de la validité canonique de la célébration. Il faudra donc deux juges, ce qui compliquera le jugement des questions de nullité, et nous conduira tout droit au rétablissement des juridictions ecclésiastiques. Dans le deuxième cas, la conscience ne sera pas satisfaite par une célébration quelconque, à laquelle l'Église ne reconnaît aucune validité. Voilà le dilemme exactement reproduit, je crois, et c'est entre ses cornes que je dois passer. Eh! bien, je trouve le passage libre. Lorsque les parties seront revenues devant l'officier de l'état civil pour faire mettre, en marge de l'acte, la mention de la célébration religieuse, la mention prouvera que cette célébration a été faite conformément à leur volonté, et cette reconnaissance emportera renonciation à toute nullité du chef des lois canoniques. Tant que la mention ne sera pas faite, le mariage demeurera imparfait; mais, une fois inscrite du consentement des parties, elle rendra le contrat parfait, et l'on n'en pourra demander la nullité qu'en se fondant sur des causes civiles d'annulation. Il n'y aura pas deux juges parce qu'il n'y aura pas deux catégories de nullité, les nullités religieuses et les nullités civiles. Il est facile de l'expliquer dans la loi par une disposition formelle et spéciale. Puisqu'il s'agit d'une loi à faire, rien n'est plus aisé que de bien déterminer ce que l'on veut et ce que l'on ne veut pas. Voici, par exemple, comment, selon moi, la proposition que j'ai faite pourrait être formulée en articles de loi :

Art. 75 du Code Napoléon (modifié conformément à la proposition faite par moi).

Le jour désigné par les parties après les délais des publications, l'officier

Digitized by Google

de l'état civil, dans la maison commune, en présence de quatre témoins, parents ou non parents, fera lecture aux parties des pièces ci-dessus, relatives à leur état et aux formalités du mariage, et du chapitre VI du *titre du Mariage*, sur *les droits et les devoirs respectifs des époux*. — Il demandera aux futurs époux s'ils ont l'intention de célébrer leur mariage suivant les rites de leur religion et veulent subordonner la perfection du mariage à cette célébration. Leur réponse sera mentionnée dans l'acte de mariage.

Art. 76. L'acte de mariage énoncera :

1° Etc., etc., etc.;

11° La réponse des époux à l'interpellation prescrite par l'article précédent sur la célébration religieuse du mariage.

Si les parties ont déclaré subordonner la perfection du mariage à la célébration religieuse, l'acte de mariage ne sera parfait que par la mention de cette célébration en marge du registre. Cette mention faite sur la réquisition des parties emportera renonciation à toute nullité fondée sur les usages et règlements en matière de célébration religieuse.

Mais alors, dites-vous, la conscience ne sera pas satisfaite puisqu'une célébration quelconque suffira, et que la partie sera obligée de se contenter d'une cérémonie qui n'est pas reconnue valable par l'Église. Arrêtez-vous, je vous prie. Je ne force pas la partie à se contenter d'une célébration quelconque, et si à ses yeux tout ne s'est pas bien passé, elle n'aura qu'à ne pas consentir à laisser mettre la mention sur le registre de l'état civil. Mais une fois qu'elle aura consenti, elle aura reconnu que sa volonté a été exécutée. Les parties auraient pu, lors de leur première comparution devant l'officier de l'état civil, déclarer qu'elles n'entendent pas célébrer le mariage religieux[1]. A plus forte raison pourront-elles, à leur retour de l'église, du temple ou de la synagogue, déclarer qu'elles tiennent pour suffisante la célébration qui a eu lieu et, de ce chef, renoncer à toute nullité. Je ne vois pas pourquoi leur conscience serait tourmentée. Au moins ne serait-elle pas inquiétée par l'effet d'une loi qui leur aurait permis de faire librement ce qu'elles ont librement arrêté.

[1] Vous supposez que la *nullité canonique* est prononcée après le mariage célébré, et même après que la mention en marge a été faite. Il y aurait, dites-vous, oppression de la conscience puisque le mariage serait valable civilement alors qu'il est nul canoniquement. La loi civile ne doit aux parties que de faire respecter leur volonté, après les avoir mises à même de s'exprimer librement et sans surprise. Si elles commettent des fautes, elles doivent en subir les conséquences. Ces fautes ne sont pas imputables à la loi, si la loi a tout fait pour les prévenir.

Digitized by Google

Résumons les développements qui précèdent. Plusieurs tribunaux ont eu à juger des demandes en séparation de corps qui étaient fondées sur le refus de la célébration religieuse promise; ces tribunaux ont jugé diversement, et en certains cas un conjoint a été légalement contraint à vivre dans les liens d'un mariage qui, à ses yeux, n'était qu'un concubinage; sans doute les faits semblables n'ont que rarement été démontrés judiciairement, mais ils ont souvent été couverts par le silence et la résignation des familles; il y a là un moyen d'oppression, et la séparation de corps, pas plus que le refus de cohabitation, ne peut être appliquée, en pareille occurrence, qu'en faisant violence au texte de la loi actuelle et plus encore à son esprit. Pour corriger la loi dont le vice me paraît suffisamment démontré, il n'y a que deux moyens à employer : il faut supprimer les articles 199 et 200 du Code pénal, et permettre aux parties de se marier religieusement avant ou après le mariage civil; ou bien il faut mettre les futurs, au moment où ils sont devant le maire, en mesure de s'expliquer sur le point de savoir s'ils entendent subordonner la perfection de leur mariage à la célébration religieuse. Choisissez celui des deux partis qui vous paraîtra présenter le moins d'inconvénients; mais prenez-en un. J'ai tenu à vous démontrer que ma proposition, pas plus que la solution du Code italien, n'offrait rien qui fût contraire aux principes généraux du droit ni aux possibilités de la pratique.

Un professeur à la Faculté de droit de Toulouse, M. Th. Huc, jurisconsulte distingué assurément, mais qui dans cette discussion a eu le tort de prendre des termes crus pour des pensées fortes, a déclaré, en parlant de mon projet de réforme, que *depuis longtemps il n'avait pas été fait de proposition aussi subversive des principes sur lesquels repose la société moderne.* Il énumère avec complaisance neuf à dix conséquences déplorables qui, d'après lui, nous accableraient si mes idées étaient adoptées. En le lisant, il me semblait vraiment que j'entendais le docteur Purgon menaçant Argan de bradypepsie, de dyspepsie, d'apepsie, de lienterie, de dyssenterie, d'hydropisie et de privation de la vie. Ce qui m'étonne, c'est que M. Boissonade[1] ait trouvé parfaites

[1] *Revue critique*, août 1866, p. 174. Article de M. Boissonade, professeur agrégé à la Faculté de droit de Grenoble.

Digitized by Google

les raisons de M. Huc. En vérité M. Boissonade ne se montre pas difficile s'il juge *excellentes* (sic!) les raisons tirées de ce que *le mariage serait conditionnel*. Que vous avez la tête dure, Messieurs! Où donc avez-vous lu que la formalité *ad solemnitatem* est une condition? Vous oubliez, sur ma foi, quand vous écrivez, les leçons que vous donnez *ex cathedrâ* sur la nature de la condition [1]. J'espère que ce qui précède rassurera M. Th. Huc; il verra que je ne propose pas de rétablir les juridictions ecclésiastiques, ni les nullités canoniques, ni les promoteurs, ni les monitoires, et que tous les fléaux qu'il nous annonce ne sont pas la conséquence de ma proposition, mais des fantômes de son esprit, *idola specus*, comme aurait dit Bacon. Exiger une solennité nouvelle, surtout lorsqu'elle a été demandée par les parties, cela n'est contraire ni aux principes du droit, ni aux principes de la morale, ni aux principes de quoi que ce soit. C'est vouloir seulement que la volonté des parties soit faite. Je prie MM. Huc et Boissonade de croire que je cherche le juste et que je n'ai aucun goût pour l'extraordinaire. Il m'en coûte de changer ce qui est parce que je crois à la valeur de la tradition; mais dès que le changement me paraît être équitable, je craindrais de tomber dans la routine si à ce qui existe je sacrifiais ce qui devrait être [2].

[1] J'ai été d'autant plus surpris de lire ce que M. Huc a dit sur le *mariage conditionnel* que dans le concours qui lui a ouvert la carrière de l'enseignement, il s'est fait remarquer par une épreuve excellente sur les *obligations conditionnelles*. M. Huc développa très-heureusement alors les théories auxquelles je le rappelle.

[2] Voici le passage dans lequel M. Huc juge ma proposition : « Voyons, dit-il, quelles seraient les conséquences d'une telle innovation : 1° Sauf quelques cas extrêmement rares, les parties déclareront vouloir célébrer *le mariage religieusement;* or, la loi civile ne devant reconnaître le mariage *qu'autant qu'on justifierait* de la *célébration religieuse*, le mariage contracté devant l'officier de l'état civil serait presque toujours *conditionnel*, c'est-à-dire que ce ne serait plus le mariage, mais de *simples fiançailles*. 2° La preuve du mariage ne résulterait plus des actes de l'état civil, mais des extraits des registres de paroisse. 3° Les conditions concernant la pureté du consentement, la capacité, etc., etc., qu'il suffit aujourd'hui de remplir au moment de la célébration devant l'officier de l'état civil, devraient, de plus, être exigées au moment de la célébration religieuse. 4° Les conditions devraient être appréciées *à ce moment*, non d'après la loi civile, mais d'après les canons de l'Église. 5° Les mariages *conditionnellement*

Digitized by Google

Il y a un autre point relatif au mariage sur lequel vous m'attaquez, d'accord avec beaucoup de personnes et particulièrement avec le journal *le Monde* qui a vertement tancé *le Correspondant* pour avoir imprimé ce que je dis du mariage en cas de mort civile[1]. Ma proposition était celle-ci : Sous le Code Napoléon, la mort civile dissolvait *ipso jure* le mariage du mort civilement, à ce point que la cohabitation, si elle avait continué, aurait été considérée comme un concubinage, et que les enfants nés de ces relations n'auraient été que des bâtards. Cette législation était d'autant plus déplorable que la mort civile résultait de la déportation, c'est-à-dire de condamnations pour faits politiques. Cette loi était tellement inhumaine qu'on s'étonne vraiment qu'elle ait pu durer jusqu'à 1854. Comme les réactions sont presque toujours extrêmes, la loi du 31 mai 1854 abolitive de la mort civile a disposé, au contraire, qu'à l'avenir le mariage serait toujours maintenu, que le conjoint croie ou non à l'innocence du condamné, qu'il veuille ou ne veuille pas la permanence du mariage. J'ai dit — et je persiste à dire — qu'il aurait été plus juste de remplacer la dissolution de plein droit que prononçait le Code Napoléon, non par le maintien absolu du mariage qui se trouve dans la loi du 31 mai 1854, mais par le maintien facultatif au choix de l'époux du condamné. En d'autres

célébrés devant le maire, alors que toutes les prescriptions exigées par la loi civile ont été observées, pourraient être annulées pour défaut d'observation des règles canoniques qui ne sont pas les mêmes. Ainsi le mariage contracté *sans dispense canonique* entre petits-fils de cousins germains devrait être annulé, etc., etc. 6° A l'inverse, un mariage pourrait être annulé par application des règles du droit civil alors qu'il ne pourrait l'être par application des règles canoniques, par exemple dans le cas de défaut de consentement des ascendants d'un mineur de vingt-cinq ans. 7° Donc, dans tous les cas, les questions de validité du mariage ne pourraient être décidées que par application des règles canoniques. 8° L'application de ces règles ne pouvant être faite par des juges laïques, il faudrait reconstituer purement et simplement la *juridiction ecclésiastique ;* comme la reconstitution de la juridiction ecclésiastique et la détermination de sa compétence seraient incompatibles avec un grand nombre de dispositions du Code civil, il faudrait abroger toutes les dispositions qui ont eu pour but la *sécularisation de la loi civile.* 10° Au point de vue *du droit public.....* Mais je m'arrête... » — Vous vous arrêtez, monsieur Huc ! Que n'avez-vous eu plus tôt cette excellente idée ! Si vous entendez ainsi le droit civil, qu'auriez-vous dit au point de vue du droit public ?

[1] M. Serret, avocat, est l'auteur de l'article inséré dans *le Monde.*

Digitized by Google

termes, j'aurais voulu qu'on eût seulement adouci les articles du Code sur la mort civile. Là-dessus vous avez tous, en chœur, crié que je proposais de rétablir le divorce, et que la *dissolution facultative* n'est, sous un autre nom, qu'un divorce condamné par la maxime *Quod Deus conjunxit homo non separet.* Vous l'appellerez comme il vous plaira, les mots n'ayant pas la propriété de me faire reculer. Il ne s'agit pas de traiter la question générale du divorce; je dis seulement que la loi du 8 mai 1816 avait coexisté avec la mort civile, et que la loi du 31 mai 1854 a introduit une aggravation à la loi abolitive du divorce. Ai-je besoin de réfuter contre vous l'objection tirée de la maxime *quod Deus conjunxit homo non separet?* Vous-même, mon cher collègue, n'admettez pas que la question du divorce doive être posée au point de vue d'une religion déterminée; vous citez, en l'approuvant, un passage où M. Odilon Barrot établit fort nettement qu'il faut se placer dans la *morale générale* pour traiter cette matière. Ainsi nous sommes d'accord sur ce point que le principe théologique *quod Deus conjunxit homo non separet* n'a rien à faire ici. Quelque élevée que soit cette notion du mariage, le législateur n'a pas le droit de l'imposer, sous peine de se rendre coupable d'oppression. Eh! bien, je comprends qu'au point de vue de la morale, le législateur ait repoussé le divorce, dans les cas où le Code l'admettait, d'autant plus que le Code ne s'était pas montré sévère sur les causes. Ce que j'ai voulu dire, c'est qu'il n'y avait pas nécessité d'aggraver la loi de 1816. Jusqu'à présent la morale n'avait pas reçu d'atteinte parce que la dissolution du mariage était produite par les condamnations perpétuelles, et la seule atteinte résultait de ce que la dissolution était forcée pour l'époux qui voulait rester fidèle à son conjoint condamné. Pour guérir le mal, il suffisait de remplacer la dissolution *ipso jure* par la dissolution facultative. Dites que c'est un divorce; je ne cesserai pas de répéter que la loi de 1816 n'avait pas aboli un divorce autrement grave (la dissolution *ipso jure*). Toute la question est donc de savoir si la loi du 31 mai 1854 n'a pas dépassé le but, en poussant la réforme jusqu'à maintenir dans tous les cas un mariage qui, même sous la loi de 1816, était dissous de plein droit. On comprend que la loi du 8 mai 1816 n'ait pas voulu que le divorce pût être prononcé pour une condamnation infamante

Digitized by Google

quelconque; elle a jugé que cette raison n'était point assez grave, ou qu'au moins, pour de tels faits, la séparation de corps était un remède suffisant. Mais lorsque la condamnation est perpétuelle, la situation est différente, et la gravité de la peine prend de telles proportions qu'elle suffit à justifier une dissolution. J'en conviens; si la loi civile ne doit être que la consécration du principe catholique, *quod Deus conjunxit homo non separet*, ma proposition est insoutenable. Je comprends qu'elle ait été combattue par *le Monde* qui ne voit dans le législateur que le bras séculier de ses doctrines. Mais comme nous n'acceptons pas cette notion de la loi positive, qu'elle est repoussée par le grand nombre, qu'elle n'a même pas la majorité parmi les catholiques, il me semble que vous ne pourriez pas m'opposer la maxime *quod Deus conjunxit*, etc., etc., etc., sans dépasser vos prémisses. Pour vous et pour moi, au contraire, le législateur est tenu d'être plus impartial, et dans un pays où il y a plusieurs cultes reconnus, il ne doit pas imposer par la force à ceux-ci les conceptions de ceux-là. Qu'il se montre non pas *athée* (c'est impossible) mais impartial, c'est-à-dire juste. Eh! bien, à ce point de vue, vous ne pouvez pas trouver extraordinaire que le législateur, après avoir supprimé le divorce pour les causes prévues par les articles 229-233 du Code, admette cependant une dissolution facultative dans les cas plus graves des travaux forcés à perpétuité [1] ou de la peine de mort commuée. Avant 1816, l'économie de la loi était la suivante. Les peines infamantes non perpétuelles étaient une cause de divorce ou de séparation au choix des parties. Quant aux peines perpétuelles, il n'y avait pas seulement divorce ou séparation de corps, mais dissolution du mariage *ipso jure*. La loi du 8 mai 1816 n'admit plus le divorce pour les condamnations temporaires, mais elle n'abrogea pas la dissolution de plein droit. Qu'y avait-il de trop dans ce régime? C'est qu'il laissait subsister la dissolution forcée du mariage. C'était ce qu'il fallait corriger, et pour atteindre ce résultat, la dissolution facultative était suffisante. Le maintien forcé, dans tous les cas, substitué à la dissolution *ipso jure*, n'est autre chose

[1] Il n'est pas besoin, je pense, de faire observer que nous repoussons énergiquement la dissolution, *même facultative*, du mariage en cas *de déportation*, à cause du caractère politique de la condamnation.

Digitized by Google

qu'un excès remplaçant un excès, un abus mis à la place d'un abus.

Je ne terminerai pas sans répondre quelques mots à M. Justin Bauby, juge au tribunal de Perpignan, qui, dans un article écrit avec talent, a réclamé contre ma proposition comme portant atteinte au principe *quod Deus conjunxit homo non separet*[1] : « Lorsqu'on a eu, ajoute-t-il, le malheur d'unir ses jours à un homme qui tombe dans le crime, il y a au fond de toute âme bien née assez de douleur et de véritable tristesse pour ne pas désirer un bonheur impossible dans une autre union... Rompre définitivement le lien sacré du mariage, chercher encore la joie et le bonheur, la passion seule osera le désirer et le vouloir. Or ce désir et cette volonté ne sont pas légitimes, et si la loi les consacrait il y aurait là un piége tendu aux âmes faibles et un encouragement à l'immoralité. » — Et pourquoi, s'il vous plaît, ce désir n'est-il pas légitime? Si le malheureux trouve une âme généreuse qui s'attache à lui, à raison même de la douleur dont il est accablé, il faut que la loi s'oppose à cette réparation! Vous trouvez là qu'il y a un encouragement à l'immoralité! En vérité, monsieur Bauby, je vous dis que votre morale est quintessenciée, peu conforme à la nature humaine et d'une élévation factice. Vous trouvez plus moral de river la chaîne du malheur sur celui qui a eu une grande part d'amertume. Votre morale est non-seulement guindée; elle est de plus impitoyable, et les artifices de votre style ne peuvent pas cacher la dureté de votre pensée. On a vu de grands coupables obtenir de grands dévouements, et pour des malheureux, qui n'ont que le tort de souffrir des fautes d'autrui, vous transportez sur terre les mots de l'enfer : *lasciate ogni speranza.* Je vous connais assez pour affirmer qu'en écrivant ce que je réfute, vous n'avez pas interrogé votre cœur, et que c'est à peine si vous avez pensé à tout ce que renfermait votre proposition. Il est vrai que ma proposition porte atteinte à la maxime *quod Deus conjunxit,* etc., etc. Mais encore une fois nous n'avons pas la compétence d'un concile; nous sommes des législateurs en matière civile, et, à ce titre, il faut que nous tenions compte de toutes les opinions religieuses. Je ne propose pas de forcer les catholiques à dis-

[1] Article publié par la *Revue judiciaire du Midi,* de M. Paul Garbouleau, mai 1866, 3e partie.

Digitized by Google

soudre leur union, et je réclame pour eux une entière liberté de suivre leur croyance et de la pratiquer. De quoi donc vous plaignez-vous? Si vous voulez autre chose que la liberté pour tous et le respect du droit de chacun, vous n'obtiendrez rien de moi qu'une résistance soutenue.

Quelques personnes m'ont témoigné de l'étonnement parce que dans le même travail j'avais fait ma proposition sur le mariage religieux, ce qui avait réjoui les catholiques, et demandé la dissolution facultative en cas de condamnation à une peine perpétuelle, ce qui les avait contristés. Qu'est-ce, a-t-on dit, que cet amas de contradictions, cette complication de tendances opposées? Vous n'êtes ni chair ni poisson, et vous cherchez à flatter tout le monde. Je m'en garderais bien; car, mon expérience est assez longue pour que je n'ignore pas qu'en flattant tout le monde on ne contente personne. Je cherche ce qui est favorable au droit individuel, et n'ai aucun souci du plaisir ou de la peine que je fais aux partis, quels qu'ils soient. Que ceux qui parlent avec des idées préconçues n'essayent pas de me faire croire qu'ils sont libéraux. Le libéralisme n'existe pas sans désintéressement; il consiste à vouloir le droit pour chacun et pour tous; sinon, on est despote sans le savoir, ou, si on le sait, on fait de l'oppression avec circonstance aggravante d'hypocrisie.

Quant à vous, monsieur et cher collègue, je sais que vous aimez le droit pour le droit, et que votre esprit est dégagé de parti pris. Nous ne différons que sur les applications. Continuons cette lutte pacifique. Alors même que mon essai n'aurait eu que le mérite de susciter vos observations, je croirais avoir rendu à la science du droit un service important. Permettez-moi de me féliciter de votre travail, quoique je ne puisse réclamer que l'honneur de vous avoir fourni l'occasion. En attendant ma réponse (elle sera prochaine) sur *la prodigalité*, croyez à mes sentiments dévoués de collègue et d'ami.

A. BATBIE.

(*La suite à une autre livraison.*)

Digitized by Google

LES BARBARES ET LEURS LOIS,

Par M. L. DE VALROGER, professeur d'histoire du droit à la Faculté de Paris.

(*Suite* [1].)

CHAPITRE VIII.

LOIS DE LA MONARCHIE FRANQUE. — CAPITULAIRES.

L'état du droit dans la monarchie franque a quelque ressemblance avec ce qui existait en France avant la Révolution. De même que la France était alors partagée entre de nombreuses coutumes locales au-dessus desquelles planait un droit commun établi par les ordonnances de nos rois, de même, dans la monarchie franque, nous voyons divers peuples qui ont leurs lois particulières et d'autre part un droit commun qui résulte des Capitulaires des princes francs [2]. C'est des sources de ce droit commun qu'il convient de s'occuper d'abord.

I.

Les lois des rois et empereurs francs ne prirent le nom de *Capitulaires* que sous la seconde race. Celles des Mérovingiens avaient porté divers titres : Constitutions, Édits, Décrets, Prescriptions, Ordonnances, etc. [3]. Le mot *Capitulaire*, qui n'exprimait par lui-même autre chose qu'un règlement divisé en articles (*Capitula*), fut appliqué aux actes d'une autorité quelconque rédigés en cette forme. Il y eut ainsi des Capitulaires épiscopaux, monastiques, etc. Sous la seconde race on

[1] V. t. XXIX, p. 437 et 535.

[2] Tous les capitulaires, pas plus qu'autrefois toutes les ordonnances, n'eurent une portée générale. Tel capitulaire s'adresse exclusivement à une contrée de la monarchie (Ex. *Capitulatio de partibus Saxoniæ;* B., I, 249) ou à une des nations qui y étaient incorporées (Ex. *Capitula ad legem salicam.* B., I, 387). Mais plus souvent les capitulaires sont destinés à faire loi partout et pour tous (*Capitula de lege Ripuariâ;* B., I, 395).

[3] « Constitutiones, edicta, decreta seu decretiones, præceptiones, ordinationes. »

Digitized by Google

prit l'habitude d'appeler spécialement de ce nom les actes législatifs des princes francs pour lesquels il n'y avait point encore de terme consacré. Le mot *Capitulaires* prit ainsi un sens spécifique, sans perdre l'acception générique qu'il avait eue primitivement [1].

Ce n'est pas ici le lieu de rechercher comment se faisaient les lois dans la monarchie franque : par la seule volonté du prince, ou avec le concours de la nation? Je suppose une loi ou ordonnance arrêtée; la publication s'en faisait en expédiant des copies certifiées aux officiers qui auraient à en assurer l'exécution. Ils avaient eux-mêmes à porter l'acte à la connaissance des populations [2]. Il s'en faisait à cet effet lecture dans les assemblées judiciaires, *in mallo publico* [3].

Il est fait mention d'archives où se conservait le dépôt des lois [4]. Mais il est probable qu'elles furent tenues avec peu de soin. Ce qu'elles pouvaient contenir a été détruit on dispersé par le temps.

II.

I. Au temps de Louis le Débonnaire, un homme d'église s'occupa d'assurer la conservation des lois les plus importantes en les rassemblant dans un recueil composé de quatre livres [5].

[1] V. Baluz., *Præf.*, c. 2 et s.

[2] « Volumus etiam ut capitula... à cancellario nostro archiepiscopi et comites eorum... accipiant, et unusquisque per suam diocæsin cæteris episcopis, abbatibus, comitibus et aliis fidelibus nostris ea transmitti faciant, et in suis comitatibus eorum omnibus relegant ut cunctis nostra ordinatio et voluntas nota fieri posset. (Cap. 823, c. 24; W., II, 363. — It. cap. 864, c. 36; W., III, 156. — Anseg., II, 24, et IV, 72.)

[3] On trouve à la suite d'un capitulaire de 803 la mention d'une publication faite ainsi à Paris. « Hæc facta capitula sunt et consignata Stephano Comiti ut hæc manifesta faceret in civitate Parisiis mallo publico, et illa legere faceret coram Scabineis, quod ita et fecit. Et omnes in uno consenserunt quod ipsi voluissent omni tempore observare usque in posterum. Etiam omnes scabini, Episcopi, Abbates, Comites, manu propriâ subtersignaverunt. » (W., II, 180.)

[4] « Capitula avi et patris nostri... qui ex missis nostris non habuerint... *de scrinio nostro*, vel à cancellario nostro accipiant. (Cap. 853, c. 11; W., III, 53.)

[5] Ap. Walter, II, 403 et s. — Baluz., I, 693. — Pertz, *Leg.*, I, 256. — « Quia in diversis sparsim scripta membranulis per diversorum spatia temporum fuerant, ne oblivioni traderentur... placuit mihi prædicta in hoc libello adunare quæ invenire potui capitula. » (*Præf.*)

Digitized by Google

Dans la préface l'auteur se fait connaître : c'est un abbé du nom d'Ansegise. Il y eut à cette époque un archevêque de ce nom qui avait été abbé de quelque monastère. Mais l'auteur paraît être plutôt un autre Ansegise, abbé de Fontenelle, qui mourut en 834 après avoir rempli un rôle important [1]. Le point de vue de l'auteur fut tout ecclésiastique. C'est surtout, il le dit dans sa préface, au bien de l'Église qu'il songea en composant ce recueil. Aussi les matières ecclésiastiques y tiennent-elles le premier rang. Mais le bien de l'Église se liait au bon ordre de l'État; les matières séculières viennent donc à la suite [2]. Malheureusement Ansegise n'étendit pas ses recherches au delà du règne de Charlemagne : la législation du grand empereur semblait avoir effacé tout ce qui avait précédé. Il se borna donc à rassembler les Capitulaires de Charlemagne et ceux publiés par Louis le Débonnaire jusqu'au moment de la composition du recueil, c'est-à-dire jusqu'en 827, date qui figure en tête de la préface.

Ce recueil est suivi de trois appendices dans lesquels Ansegise rejeta quelques Capitulaires jugés par lui de moindre importance [3].

Cette collection répondait à un besoin qui lui assura une prompte faveur. Elle obtint même un caractère officiel : dès 829, Louis le Débonnaire y renvoyait en citant le livre et l'article [4]. On trouve de semblables renvois dans les Capitulaires de Charles le Chauve [5].

[1] V. Baluz., *Præf.*, c.

[2] Le premier livre contient les capitulaires ecclésiastiques de Charlemagne; le second, ceux du même genre de Louis le Débonnaire; le troisième, les capitulaires séculiers (*mundana*) de Charlemagne; le quatrième, ceux du même genre de Louis le Débonnaire.

Dans chaque livre l'ordre chronologique est à peu près suivi; mais les capitulaires successivement publiés s'y enchaînent sans indication de leurs dates.

[3] « Sequuntur ... capitula ... quæ ideo suprascriptis non conjunxi capitulis, quia alia ex istis quasi causâ memoriæ scripta fuerant... alia sunt geminata, etc. » (App. I, pr.)

[4] « Ita enim continetur in capitulare bonæ memoriæ genitoris nostri in libro I, c. CLVII. — Item in capitulare nostro in libro II, c. XXI. » (Cap. 829, I, 5; W., II, 380.)

[5] « Sicut in præfato XXIX capitulo III libri Capitulorum prædecessorum ac progenitorum nostrorum habetur. » (Cap. 864, c. 34; W., III, 155. — V. It. cap. 873, c. 3; W., III, 183.

Digitized by Google

II. Vingt ans environ après la composition d'Ansegise, il fut fait un autre recueil en trois livres, d'un genre bien différent, par un diacre du nom de Benoît, *Benedictus levita*[1].

L'auteur se fait connaître dans un prologue en vers, où il dit que son travail a été inspiré par l'archevêque de Mayence Otgar. Vient ensuite une préface en prose où Benoît annonce l'intention de compléter l'œuvre d'Ansegise en rassemblant des capitulaires de Charlemagne et de Louis le Débonnaire qu'Ansegise a omis, parce qu'ils lui avaient échappé ou qu'il n'a pas jugé à propos de les faire entrer dans son recueil, et en y joignant des capitulaires plus récents de Charles (le Chauve), de Pépin et de Louis (le Germanique). Benoît dit que dans ce but il s'est livré à des recherches qui lui ont fait découvrir en divers lieux, mais surtout dans les archives du siége de Mayence, ce qu'il publie. Il a trouvé beaucoup de textes peu concordants, qui n'ont pas le même commencement ou la même fin. Il les donne tels quels, au risque de répétitions dont la cause est signalée. Benoît annonce qu'il a introduit dans sa collection des pièces qui ne sont pas des capitulaires : comme par exemple, dans le premier livre, une lettre du pape Zacharie; dans le second, des extraits des livres saints pour montrer l'accord des capitulaires avec la loi divine; dans le troisième, des articles de conciles rassemblés par une commission de prélats que Charlemagne avait instituée à cet effet, et encore quelques autres morceaux relatifs à la discipline ecclésiastique.

En passant de la préface au corps du recueil, on trouve des articles tirés de Capitulaires authentiques qui nous sont parvenus par d'autres voies; beaucoup surtout dans le premier livre, moins dans le second, encore moins dans le troisième. Le reste se compose d'articles qui se présentent diversement. Les uns révèlent à la première vue que ce ne sont point des articles de Capitulaires; les autres ont une figure équivoque;

[1] Ap. Walter, II, 491. — Baluz., I, 801. — Pertz, *Leg.*, II, app. p. 17.
La composition du recueil est postérieure à 847, date de la mort de l'évêque de Mayence, Otgar, dont Benoît parle au passé dans son prologue en vers :

« Auctcario demum, quem tunc Maguntia summum
Pontificem tenuit, præcipiente pio. »

Digitized by Google

quelques-uns enfin s'annoncent formellement comme des Capitulaires : j'en citerai un notamment qui renouvelle la célèbre constitution attribuée à Constantin sur l'arbitrage épiscopal. Il y a de tout dans cette compilation : à côté de textes puisés à des sources ecclésiastiques de tout genre, il y a bon nombre d'emprunts faits au droit romain [1].

Quelle est la valeur de tout cela? Et que faut-il penser de l'esprit qui présida à cette compilation?

La plupart y ont vu une composition frauduleuse, combinée artificieusement pour procurer le triomphe de principes chers au clergé en faisant croire qu'ils avaient reçu une consécration légale. On a rapproché l'œuvre de Benoît d'une autre œuvre apocryphe du même temps : je veux parler de fausses décrétales qui apparurent à cette époque. On a dit : C'est le même esprit : il s'agit pareillement d'accroître le pouvoir du clergé dans l'État, celui du pape dans l'Église. Si ce n'est pas l'œuvre de la même main, c'est au moins le produit d'une même pensée. Les deux recueils se lient l'un à l'autre.

Quelques-uns, comme Baluze et après lui M. de Savigny [2], ont refusé de voir dans le travail de Benoît les profondes combinaisons qu'on lui prête. Benoît se proposa simplement de rassembler tout ce qu'il croyait propre à diriger la pratique. Il le fit en homme d'église, mais non en faussaire. En mêlant dans son recueil des éléments qu'il aurait convenu de séparer ou de distinguer, il mérita qu'on accuse sa méthode, sa critique; mais le reproche ne doit pas aller plus loin. Benoît, en effet, n'est-il pas absous par la déclaration qu'il fait dans sa préface? n'a-t-il pas averti le lecteur que tout n'est pas capitulaires dans son recueil?

[1] Baluze entreprit de retrouver et d'indiquer à la suite de chaque article la source où il avait été puisé. — Cette recherche a été reprise par un Allemand, M. Knust, dont le travail a été publié en tête du recueil de Benoît dans l'édition des Capitulaires de M. Pertz. (T. II, app. p. 19 et s.)

En remontant aux sources, on a reconnu que les textes employés par Benoît ne sont pas toujours, à beaucoup près, reproduits exactement; soit que Benoît se soit servi de transcriptions incorrectes, soit que l'altération ait été intentionnelle. On peut le plus souvent ne pas supposer une infidélité volontaire; mais elle paraît quelquefois manifeste : les textes sont accommodés aux vues du collecteur.

[2] V. Baluz, *Præf.*, c. 45. — M. de Savigny (I, 2e part., p. 63, trad. Guen.) est moins affirmatif.

Digitized by Google

Il est vrai; mais on peut penser que ce ne fut pas sans intention qu'il mêla ainsi des capitulaires et des textes d'un autre genre. Ce put être un artifice pour laisser dans le vague ce qu'il ne convenait pas d'éclaircir, et pour donner, par cette confusion habile, un faux air de lois aux principes qu'on voulait accréditer.

Quoi qu'il en soit des intentions qui sont toujours difficiles à pénétrer, nous savons que le recueil de Benoît n'est qu'un assemblage grossier, s'il n'est frauduleux, de morceaux pris de tous côtés, où de vrais capitulaires tiennent la moindre place. C'est donc une source des plus suspectes, où l'on ne doit puiser qu'avec une grande réserve. L'insertion d'un principe dans cette compilation ne peut certainement faire foi qu'il ait été érigé en loi.

Mais il y a d'autre part à tenir compte du grand crédit qu'obtint le recueil de Benoît. Il fut accueilli comme une suite du recueil si différent d'Ansegise. On en vint même à réunir les deux recueils, les trois livres de Benoît aux quatre livres d'Ansegise, et à faire du tout une collection de Capitulaires en sept livres. C'est sous cette forme qu'elle se présente dans les manuscrits. Le recueil de Benoît dut en conséquence exercer une grande influence sur la pratique. Miroir très-infidèle de la législation, il est un indice assez sûr de la tournure que prirent les choses.

Benoît avait dans sa préface appelé des continuateurs de ses recherches. Il s'en trouva qui marchèrent dans sa voie en suivant les mêmes procédés. Les manuscrits présentent quatre additions à la suite de son recueil : additions anonymes; mais où l'on reconnaît encore la main de gens d'église : elles sont relatives surtout aux matières ecclésiastiques. La première est un capitulaire authentique de 817 sur la réforme des monastères; la seconde annonce dans son intitulé une compilation d'articles trouvés épars; la troisième a aussi un intitulé équivoque; la quatrième est présentée sans façon comme un recueil d'articles convertis en lois par Charlemagne [1]. Ici la fraude se trahit par sa hardiesse [2].

[1] « Sequentia quædam capitula ex sanctorum patrum decretis et imperatorum edictis colligere curavimus, atque inter nostra capitula lege firmissimâ tenenda generali consultu Erchembaldo, cancellario nostro, inserere jussimus.

[2] Plusieurs articles sont empruntés aux fausses décrétales.

Digitized by Google

III. Il existe un troisième recueil de capitulaires; celui-ci composé de textes authentiques, mais qui ne se rapportent qu'en partie à notre pays. C'est une collection italienne.

III.

Nous ne connaîtrions que bien imparfaitement la législation des Capitulaires, si nous étions réduits aux recueils dont je viens de parler. Celui de Benoît et ses suites n'ont de capitulaires que le nom. Les deux autres sont composés de textes authentiques, mais découpés en fragments, ce qui altère la physionomie des textes employés. Heureusement il nous est parvenu une quantité considérable de capitulaires dans leur forme primitive.

On ne s'était guère occupé avant Baluze d'explorer les richesses de ce genre qu'offraient les manuscrits. C'est au savant bibliothécaire de Colbert, un des plus grands noms de l'érudition française, que revient l'honneur d'avoir ouvert cette mine précieuse. Son édition des Capitulaires est un monument de la plus haute valeur[1]. On ne peut reprocher à Baluze que d'avoir employé un procédé suivi jusqu'à nos jours. On rapprochait les diverses leçons d'un même texte pour en extraire celles qui paraissaient les meilleures. L'inconvénient était de n'offrir au lecteur qu'un texte composite : l'éditeur imposait son choix, ses conjectures.

On a de notre temps et avec raison abandonné cette méthode. Aujourd'hui l'on prend un manuscrit jugé préférable aux autres pour le reproduire avec une complète fidélité, *prout jacet*, et l'on groupe sous ce texte toutes les variantes des autres manuscrits. Le lecteur a ainsi sous les yeux toutes les leçons; il peut faire lui-même son choix. Voilà le procédé qui a été appliqué aux capitulaires par M. Pertz, dans sa grande collection des monuments anciens de l'histoire de l'Allemagne[2]. Une collation scrupuleuse des manuscrits conservés dans toutes les bibliothèques de l'Europe l'a mis en état, non-seulement de donner un texte plus sûr des capitu-

[1] « Capitularia regum francorum. » Paris, 1677, 2 vol. in-f°. — L'édition nouvelle donnée par de Chiniac n'est qu'une reproduction de la première.

[2] Monumenta Germaniæ historica. Legum t. I; Hannav., 1835, et t. II, 1837, in-f°.

Digitized by Google

laires déjà connus et de rectifier des dates inexactes, mais encore de publier quelques capitulaires inédits qui avaient échappé aux recherches de Baluze.

I. Malgré tout le soin avec lequel les recherches nouvelles ont été faites, nous possédons bien peu de capitulaires mérovingiens.

Rien qui puisse être attribué avec certitude à Clovis [1].

Il meurt, et son royaume est partagé entre ses quatre fils. Nous avons de l'un d'eux, Childebert Ier, un édit mutilé, relatif à des matières religieuses [2]. Un autre édit mieux conservé, où les affaires de l'État se mêlent à celles de l'Église, porte le nom d'un prince nommé Clotaire [3]. Baluze l'avait attribué à Clotaire Ier, un autre fils de Clovis; Montesquieu soutint qu'il ne pouvait être émané que de Clotaire II. Les savants se sont, de nos jours, divisés de nouveau sur cette question [4].

[1] Il est attesté que Clovis fit des modifications à la loi salique; M. Pertz a cru les reconnaître : c'est en faisant plus loin l'histoire de la loi salique qu'il conviendra que je m'occupe de ce point.

[2] Ap. Baluz., I, 5.

[3] Ap. Baluz., I, 7.

[4] Comme ce point a de l'importance pour l'histoire de l'autorité royale, j'indiquerai d'une manière sommaire les éléments de la controverse. — L'édit en question promet la cessation d'abus de pouvoir qui avaient provoqué une réaction. Un tel acte parut à Montesquieu (*Espr. des lois*, XXXI, 2) trouver mieux sa place au temps de Clotaire II, à la suite des violences de Frédégonde et de Brunehaut, qu'au temps de Clotaire Ier, où la royauté n'avait pas encore dû prendre ces allures despotiques. A cette considération Montesquieu ajouta un argument plus précis. L'auteur du Capitulaire confirme dans l'article 11 les immunités accordées à l'Église par son père et son aïeul. Cela se comprend de la part de Clotaire II, fils et petit-fils de rois chrétiens. Mais comment de telles grâces auraient-elles pu être faites à l'Église par l'aïeul de Clotaire Ier, Childéric, qui était païen? — Malgré cette objection l'idée de Baluze a été suivie par M. Pardessus (*Diplom.*, I, proleg., p. 361). — En Allemagne l'opinion de Montesquieu a été préférée par Eichorn (*Deutsche stats und rechts gesch.*, I, § 123, not.) et par M. Waitz (*Deutsche Verfassung. gesch.*, II, 615). — M. Pertz, au contraire, a suivi Baluze (V. *Leg.*, I, p. 2). M. Roth a vivement défendu cette opinion (*Beneficial Wesen*, p. 224, et *Feodalitat*, p. 54). A l'objection de Montesquieu au sujet de Childéric, M. Roth réplique par une autre qui n'est pas moins pressante. L'auteur du Capitulaire confirme les immunités accordées à l'Église, non-seulement par son père et son aïeul, mais aussi par son frère (*aut germani nostri*). Clotaire Ier put parler ainsi : il était fils et frère de rois. Mais Clotaire II n'eut point de frère qui ait régné. — Ce qui diminue la force de l'objection, c'est que les mots *aut germani nostri*

Digitized by Google

Clotaire Ier réussit à réunir sous son sceptre toutes les parties de la monarchie. Mais à sa mort elle fut une seconde fois partagée entre ses fils. Le royaume de Neustrie échut à Chilpéric, le mari de Frédégonde. M. Pertz a découvert un capitulaire inédit par lequel ce prince établit certaines mesures d'ordre dans son royaume [1]. — Le royaume de Bourgogne était échu à Gontran. Nous avons de ce prince un acte, qui, sans être un capitulaire proprement dit, mérite d'être mentionné : c'est le traité qu'il fit à Andelot avec son neveu Childebert II, roi d'Austrasie, fils de Brunehaut [2].

Chilpéric eut pour successeur en Neustrie son fils Clotaire II. Un rapprochement s'opéra entre le fils de Frédégonde et le fils de Brunehaut. Ils se concertèrent pour assurer par des mesures communes la répression des méfaits dans leurs deux royaumes. Un traité fait dans ce but [3] fut suivi de deux édits relatifs au même objet et marqués du même esprit, qui furent publiés peu après, l'un par Childebert II en Austrasie [4], l'autre par Clotaire II en Neustrie [5].

Une seconde réunion de la monarchie, déjà divisée à deux reprises, eut lieu sous le sceptre de Clotaire II. Nous avons de cette époque de son règne un édit relatif à l'Église et à l'État, que Lehuerou [6] a appelé un peu pompeusement la Charte du VIIe siècle. On pourrait à meilleur titre donner ce nom au Capitulaire que Baluze avait attribué à Clotaire Ier, et que Montesquieu a revendiqué pour Clotaire II. C'est dans cet acte, bien plus que dans l'autre, qu'on trouve des garanties données au pays contre le retour de certains abus de pouvoir.

A Clotaire II succéda son fils Dagobert Ier, dont nous n'avons aucun édit, quoique son règne ait été l'apogée de l'époque mérovingienne.

On entre après lui dans l'ère des rois fainéants, rois qui

ne figurent pas dans tous les manuscrits : on peut donc les considérer comme une interpolation. Je ne vois, au contraire, rien à répliquer à la remarque de Montesquieu sur l'aïeul de Clotaire Ier.

[1] *Leg.*, II, p. 10.
[2] Ap. Baluz., I, 11.
[3] Ap. Baluz., I, 15.
[4] Baluz., I, 17.
[5] Baluz., I, 19.
[6] *Hist. des institutions mérovingiennes.*

Digitized by Google

passèrent sur le trône comme des ombres, sans marquer leurs règnes par quelque acte qui soit resté dans la mémoire des hommes.

On voit combien peu nombreux sont les édits mérovingiens qui nous sont parvenus. Faut-il croire que les rois de la première race ne firent pas d'autres lois? Il est plus probable qu'ils en firent qui se sont perdues. Perte bien regrettable! Quel intérêt aurait le complet éclaircissement de cette époque obscure! C'est le temps où les institutions romaines et les coutumes germaniques entrent en lutte, où les premières succombent, où les secondes prédominent. La législation jette à peine quelques lueurs sur ce travail de transformation : on ne peut guère que le deviner d'après les résultats qui se manifestent au moment où les ténèbres se dissipent.

II. Ce moment est l'avénement de la dynastie carlovingienne.

La législation de la seconde race s'ouvre par de grandes mesures de réforme dans la discipline de l'Église qui avait beaucoup souffert du désordre où tout était tombé. Des canons de conciles tenus dans ce but furent convertis en lois par Carloman et Pépin, au temps où les carlovingiens régnaient déjà sans prendre encore le titre de rois.

On a de Pépin devenu roi quelques autres capitulaires consacrés moins exclusivement aux matières ecclésiastiques.

Ensuite commence la législation de Charlemagne. En même temps qu'il étendait ses États par d'immenses conquêtes, Charlemagne ne montra pas moins de souci pour y faire régner le bon ordre. Pendant près d'un demi-siècle ce double but fut poursuivi avec une activité surhumaine. Chaque année ramène quelque expédition militaire. Tantôt Charlemagne franchit les Pyrénées pour arracher aux Arabes quelque lambeau de l'Espagne. Tantôt il passe les Alpes pour renverser la puissance lombarde et ressusciter l'empire d'Occident. Tantôt il s'enfonce dans la Germanie pour dompter les révoltes sans cesse renaissantes des Saxons. A ces travaux guerriers se mêle un travail non moins actif de législation. Tous les ans Charlemagne réunit en champ de Mai les représentants de ses États. De ces assemblées sortit une longue série de lois de ce grand prince que nous possédons. Mais il ne suffisait pas qu'il

Digitized by Google

donnât des lois à ses peuples, il fallait en assurer l'exécution. Charlemagne expédiait dans ce but, sur les divers points de ses États, des commissaires impériaux (*missi dominici*) chargés de contrôler et de redresser l'administration. Ils partaient munis d'instructions détaillées qui leur traçaient leur mission. De tous côtés les officiers impériaux adressaient au prince des questions sur des points embarrassants : il résolvait leurs doutes par des réponses précises. Nous avons ainsi dans la législation de Charlemagne l'équivalent des *edicta*, des *mandata*, des *rescripta* des empereurs romains. Mais lequel d'entre eux réunit au même degré la gloire du conquérant et celle du législateur?

Le fardeau qu'il avait porté légèrement écrasa son faible successeur, ce prince que son époque nomma Louis le Pieux, et que l'histoire a nommé Louis le Débonnaire. Il montra d'abord du zèle pour le bon ordre de l'État, encore plus pour la bonne discipline de l'Église. Les capitulaires relatifs à ce double objet sont nombreux. Tout fut compromis par une faiblesse incurable, par l'affection du père pour un enfant né d'un second mariage, par la mobilité des arrangements qu'il prit pour le partage futur de l'empire entre ses fils.

Ils furent définitivement divisés après sa mort. Le traité de Verdun renferma le royaume de France dans des limites qu'il a longtemps gardées. Charles le Chauve, à qui il échut, a laissé des capitulaires en assez grand nombre. Dans chaque page éclate la dissolution qui atteint tout. Des mesures de circonstance absorbent ce qui reste d'activité législative. A la multiplicité des actes de ce genre on sent un pouvoir mis en péril et détourné de donner ses soins au bon ordre du pays par les difficultés de son existence. Le langage même des capitulaires a changé : souvent c'est plutôt le langage de la prédication que celui des lois. On aperçoit que c'est moins le prince que l'Église qui parle : dans l'impuissance du pouvoir, elle s'efforce de suppléer à son action par les terreurs religieuses.

Bientôt le souverain va s'effacer tout à fait. Le règne des grands vassaux commence. Il n'y a plus de législation générale. On trouve encore quelques lois de circonstance; puis rien. Le pouvoir législatif entre dans une longue éclipse.

L'époque carlovingienne, éclairée d'abord d'une vive lumière,

Digitized by Google

finit donc, comme l'époque mérovingienne, dans la nuit. Les mêmes ténèbres qui ont couvert la transition de la société romaine à une forme germanique recouvrent la transition de cette société à une forme féodale. Mais entre ces deux nuits il y a un point lumineux qui projette sa clarté sur ce qui précède et ce qui suit.

Voilà l'histoire des capitulaires, image de celle du pays. Ces deux histoires ne doivent point être séparées. Nulle part le mot de Montesquieu ne trouve mieux son application : « Il faut éclairer l'histoire par les lois, et les lois par l'histoire. » (XXXI, 2.)

IV.

A la première vue qu'on jette sur les capitulaires, on est frappé du peu de place qu'y tient le droit civil. C'est qu'il avait ses règles ailleurs : pour les indigènes, dans le droit romain; pour les peuples germaniques établis au milieu d'eux, dans leurs lois nationales dont je m'occuperai tout à l'heure. Le droit criminel occupe un peu plus de place. Les capitulaires montrent les efforts des princes francs pour plier les Germains à une pénalité plus répressive que celle dont ils avaient apporté l'usage. Le besoin de mettre quelque uniformité dans la justice leur inspira aussi quelques dispositions sur la procédure. Une part plus grande est faite à ce que nous nommons le droit administratif. C'est surtout dans les capitulaires qu'il faut chercher le système d'administration de la monarchie franque : les institutions romaines, dont il ne reste que des débris, sont remplacées par des usages germaniques appliqués à une situation si nouvelle. Mais ce qui tient encore plus de place que tout cela dans les capitulaires, ce sont les matières ecclésiastiques. L'explication se trouve dans les intimes rapports qui se formèrent entre l'Église et l'État. Il faut les connaître pour ne pas s'étonner de voir les capitulaires régler des questions de discipline cléricale, monastique, avec plus de soin qu'il n'en est donné au gouvernement du pays.

Digitized by Google

CHAPITRE IX.

Lois nationales.

Passons maintenant des lois générales de la monarchie franque aux lois particulières des différents peuples qui la composaient.

I.

Le nom de coutumes leur conviendrait mieux que celui de lois. Ce sont, comme les coutumes qui régissaient la France avant la Révolution, des usages convertis en lois par la rédaction officielle qui en avait été faite. Tant que les peuples germains restèrent dans la vieille patrie, chacun fixé sur un territoire qu'il occupait seul, le besoin d'une telle rédaction ne se fit pas sentir; mais elle devint une nécessité lorsque des populations qui n'avaient pas le même droit se trouvèrent mêlées. Aussi voyons-nous alors les vieilles coutumes prendre partout cette forme nouvelle.

Il est très-remarquable que la rédaction se fit en langue latine. Les lois anglo-saxonnes sont les seules qui aient été publiées dans l'idiome national. Partout ailleurs le latin devint la langue des lois comme de l'administration.

L'usage du latin présenta une difficulté : il manquait de mots pour beaucoup de choses qui avaient été inconnues des Romains. Que fit-on? On donna aux mots tudesques qui les exprimaient une forme latine grossière : le latin des lois barbares fut ainsi émaillé d'une foule d'expressions étranges qui n'ont de latin que leur désinence [1]. Quelquefois, en conservant un terme consacré du vieil idiome, on mit à côté une explication latine [2]. D'autres fois le mot tudesque fut traduit par une périphrase latine; mais on l'intercala en forme de glose [3].

[1] Ex. *Mallum, Mallobergium, facida, Fredum, Wergildum, Rachimburgii, sunnis, mannire, etc.*

[2] Ex. L. salic. em. XI *De Filtortis : hoc est* qualiter homo furetas res intertiare debet.

[3] Les gloses de ce genre sont nombreuses dans la loi des Bavarois. Ex. : « Si quis liberum per iram percusserit, *quod pulislac vocant.* » (III, 1, 1.) On rencontre aussi de ces gloses dans la loi des Alemans : Ex. : tit. LVI,

Digitized by Google

Le mélange d'éléments latins et tudesques qui se remarque dans la langue des lois barbares, se retrouve aussi dans le fond, dans leurs dispositions. L'influence du droit romain ne fut pas sans s'exercer sur la rédaction des coutumes germaniques. Elle s'aperçoit par-ci par-là, mais seulement dans des détails [1]. L'influence de l'Église est plus marquée, plus profonde. L'Église intervint dans la rédaction de ces lois. Elle y fit inscrire ses priviléges; elle s'attacha à en faire écarter les usages qui se liaient au vieux paganisme des Germains, et ce qui répugnait le plus à l'esprit du christianisme. Mais il lui fallut tolérer bien des choses qui blessaient ses sentiments : elle était en face d'habitudes enracinées trop profondément pour qu'elles pussent être extirpées tout d'un coup.

Les lois barbares sont donc une vive image des coutumes germaniques. Ce qui y tient le plus de place, c'est un tarif des délits, c'est un système singulier de preuves judiciaires. Du droit civil, il est beaucoup moins question; mais le peu qu'on rencontre suffit pour montrer l'origine d'une grande partie des institutions coutumières qui régissaient la France en 89.

Ce n'est pas le seul rapport qui existe entre les lois barbares et nos coutumes rédigées au XVIe siècle. Ce furent pareillement, comme je l'ai déjà remarqué, des usages convertis en lois. Cette conversion se fit même d'une manière pareille jusqu'à certain point. Au XVIe siècle la royauté intervint dans la rédaction des coutumes par son initiative, par sa direction, par sa sanction; mais les populations proclamèrent elles-mêmes leurs usages dans des assemblées locales tenues à cet effet : des procès-verbaux, conservés en assez grand nombre, nous font assister à ce travail. Quelque chose d'analogue eut lieu à l'époque franque pour les lois barbares. Le concours de chaque peuple à la rédaction de ses coutumes est mentionné [2]. Mais il

c. 2 : « Tunc liceat illi mulieri jurare per pactus suum... hoc dicunt Alamanni *nostahit.* »

Tel est le caractère des gloses dites Malbergiques que présente un des textes de la loi salique. J'en parlerai plus loin.

[1] V. Savigny, *Hist. du droit romain au moyen âge*, t. I. (Tr. Guen.)

[2] Ainsi on lit en tête de la loi salique : « Gens Francorum dictavit legem salicam per principes ... gentis rectores...; Electi de pluribus viri, etc. » — Le prologue de la loi des Alemans met en scène des évêques, des ducs, des comtes et le peuple entier. — De là le nom de *Pactus* donné quelquefois à ces lois.

Digitized by Google

faut nous résigner à ignorer les procédés qui furent suivis et comment fut mis en action le principe qu'on lit dans un capitulaire : « Lex consensu populi fit et constitutione regis. »

II.

Nous ne connaissons même que d'une manière vague et confuse l'époque de ces rédactions.

I. Le principal document sur les travaux faits aux temps mérovingiens est un prologue qu'on lit dans des manuscrits en tête tantôt d'une loi tantôt d'une autre. Il s'ouvre et se termine par des généralités, tirées d'un ouvrage d'Isidore de Séville, sur les lois et les législateurs. Entre ces deux morceaux sont intercalées des énonciations qui ont pour nous un tout autre intérêt. Il y est dit que Théodoric (un des fils de Clovis, roi d'Austrasie) fit rédiger la loi des Francs, des Alemans et des Bavarois; — que des modifications furent apportées à ces lois par Childebert et Clotaire; — qu'enfin il en fut fait une révision sous le règne de Dagobert. Chaque peuple, dit le prologue, reçut de ce prince les lois qui le régissent encore.

Ces derniers mots laissent voir que ce prologue a été composé assez longtemps après Dagobert[1], ce qui diminue son autorité, mais ne suffit pas pour rejeter ce témoignage, si rien d'ailleurs ne contredit les faits constatés. Reprenons donc brièvement les assertions du prologue.

Ce qu'il dit d'une première rédaction des lois des Francs sous Théodoric serait inadmissible pour la loi salique, rédigée antérieurement. Mais l'auteur du prologue a sans doute voulu parler de la loi ripuaire. Les contrées occupées par les Ripuaires et les Alemans dépendaient du royaume de Théodoric. Rien donc ne défend de croire ce qu'il dit pour les lois de ces deux peuples. Relativement à la loi des Bavarois, on a objecté qu'ils ne dépendaient pas encore de la monarchie franque. Mais cette assertion n'est pas justifiée.

[1] Le titre de très-glorieux prince donné à Dagobert a suggéré à M. de Petigny l'idée que le Prologue fut composé sous son règne. Le passage que j'ai relevé (*quæ usque hodie perseverant*) lui paraît une addition faite après coup. Cette supposition est démentie par les manuscrits. Dans tous figure cette prétendue addition. (V. Merkel, *Præf. ad leg. Alam.*, p. 10.)

Digitized by Google

Les lois rédigées sous Théodoric furent-elles modifiées, comme le dit le prologue, par quelques-uns des princes qui portèrent les noms de Childebert et de Clotaire? Nous possédons des édits concertés entre Childebert II et Clotaire II pour assurer une répression plus efficace des crimes dans leurs États. Ils dérogeaient gravement aux vieux usages barbares des Germains; le prologue fait sans doute allusion à ces édits. Mais il fait probablement aussi allusion à d'autres choses. Il est prouvé par exemple, comme on le verra plus loin, que Clotaire II procéda à une nouvelle rédaction de la loi des Alemans.

Qu'enfin il se soit fait sous Dagobert une révision des lois rédigées antérieurement, c'est ce qui n'a rien d'invraisemblable. Un tel travail se place bien sous un règne qui fut une époque de splendeur pour la monarchie franque. Le prologue nomme les commissaires qui furent préposés à cette révision : ce sont, en effet, des personnages historiques du temps[1]. Le prologue se trouve ainsi confirmé.

II. D'autres travaux se firent à l'époque carlovingienne.

Le biographe de Charlemagne, Eginhard, constate qu'il fit rédiger les coutumes des peuples qui n'avaient point encore de loi écrite. Il s'agit, à n'en pas douter, des Frisons et des Saxons.

Eginhard parle d'un autre travail législatif dont Charlemagne conçut la pensée : il projeta de soumettre à une rédaction nouvelle les lois salique et ripuaire. Eginhard ajoute que d'autres soins ne permirent pas à Charlemagne d'exécuter ce dessein; il se borna à une réforme incomplète qui se fit sous la forme de capitulaires. — Deux capitulaires de Charlemagne que nous possédons, l'un relatif à la loi salique, l'autre relatif à la loi ripuaire, confirment l'assertion d'Eginhard.

Il se fit cependant une révision générale des lois nationales. C'est ce qu'atteste une chronique contemporaine[2].

[1] Deux au moins sont cités par des chroniques du temps comme des officiers importants de la cour de Dagobert.

[2] Le chronique de Moissac parle des grands travaux d'une assemblée tenue en 802 et ajoute : « Fecit (Carolus) omnes leges in regno suo legere et tradere unicuique homini legem suam et *emendare* ubicumque necesse fuit, et *emendatam* legem scribore, ut judices per scriptum judicassent et munera non recepissent. »

Digitized by Google

Les manuscrits viennent à l'appui de ce témoignage. Parmi les textes très-divers de la même loi, on en rencontre un qui s'annonce comme le produit d'une révision faite sous Charlemagne : *lex emendata à Carolo magno.* Ainsi, par exemple, il y a une loi salique *emendata.*

Pour concilier la chronique avec Eginhard, il suffit de bien déterminer le caractère de la révision qui s'exécuta. Ce qui se fit pour les lois salique et ripuaire prouve qu'elle ne porta pas sur le fond même des lois, pour en corriger les dispositions, mais seulement sur leur texte. Quelles causes avaient rendu cette révision de leur texte nécessaire? C'est ce que l'on comprendra mieux lorsque j'aurai fait l'histoire de chaque loi et qu'on aura vu sous combien de formes une même loi se présente dans les manuscrits. Je me bornerai, pour le moment, à dire que le texte des lois nationales fut défiguré par la négligence des copistes, et bien plus encore par les libertés qu'on prit en les transcrivant. Il s'agissait de mettre à la disposition des tribunaux les lois dont ils avaient à faire l'application : chaque tribunal devait avoir son recueil de lois (*liber legum*) pour servir de règle à ses jugements. Dans ces recueils on ne se fit pas scrupule d'accommoder les textes légaux à ce but tout pratique, d'en retoucher le texte pour le rendre plus intelligible, de modifier même des dispositions que l'usage avait changées, d'ajouter, comme un complément utile, des coutumes qu'une jurisprudence plus ou moins générale avait consacrées. La même loi prit ainsi, dans les transcriptions qui en furent faites, les formes les plus différentes. Charlemagne jugea nécessaire de faire cesser ce désordre, de rétablir le texte authentique des lois nationales, et de rendre ainsi aux textes légaux l'unité, la fixité qu'ils avaient perdues.

Voilà le peu qui nous est appris sur la rédaction des lois nationales.

III.

J'ajouterai quelques indications préliminaires sur les publications qui en ont été faites et sur l'état des manuscrits.

Dutillet fut chez nous, au XVIe siècle, le premier éditeur des lois barbares. Baluze les comprit plus tard dans son édition des Capitulaires. D'autres publications en furent faites en

Digitized by Google

Allemagne[1]. Elles faisaient voir par la diversité de leurs textes que les manuscrits étaient loin de présenter une concordance parfaite. On a senti de nos jours le besoin de les soumettre à une étude comparative. Alors on s'est trouvé en face de diversités infinies, d'un vrai chaos de textes dissemblables. Quelques-uns portent cette mention : *lex emendata à Carolomagno*. Voilà le vrai texte, rétabli par les soins de Charlemagne. Les autres nous montrent l'état de confusion dans lequel étaient tombés les textes légaux lorsque Charlemagne fit procéder à une révision. Ce qui diffère du texte arrêté sous Charlemagne n'est pas à dédaigner : il y a là des témoignages du droit de l'époque, des révélations de la pratique, de la jurisprudence ; tout mérite d'être recueilli ; mais il faut n'attribuer à chaque chose que son vrai caractère, sa vraie valeur.

C'est dans cet esprit que M. Pardessus publia, en 1843, son édition de la loi salique. Il tint à mettre sous les yeux du lecteur tout ce que présentaient les manuscrits. Le savant éditeur proposa ses hypothèses, mais en donnant aux lecteurs le moyen de former eux-mêmes leur jugement. L'Allemagne est entrée à son tour dans la voie que M. Pardessus avait ouverte. On ne saurait trop louer les soins qu'elle a donnés à l'étude des manuscrits ; mais je ne saurais approuver tous les procédés de la science allemande dans l'usage qni en a été fait. Quelquefois l'éditeur ne s'est pas contenté de donner l'essor à ses conjectures ; en faisant de ses hypothèses la base de sa publication, il a entrepris de reconstituer une loi aux divers moments de son existence successive. Il l'a donc présentée aux lecteurs, non pas telle qu'il l'avait trouvée dans les manuscrits, mais telle qu'il l'imaginait. On a sous les yeux un texte artificiel qui est la création de l'éditeur. Ce procédé est d'autant plus regrettable que les hypothèses sont fort hasardées. La science allemande a une audace de conjec-

[1] Je mentionnerai spécialement l'édition d'Hérold (*Originum ac Germanicorum libri*... Basil., 1557). — Il y a telle loi, comme la loi des Frisons, qui ne nous a été conservée que par la publication qu'en fit Hérold d'après quelque manuscrit perdu depuis. Quant aux autres, l'édition d'Hérold a aussi son importance : comme il est prouvé qu'il eut d'autres ressources que nous à sa disposition, elle a conservé du crédit auprès des savants et est tenue par eux comme ayant la valeur d'un manuscrit.

Digitized by Google

tures qui effraye un esprit français. Il n'est point d'obscurité qu'elle ne se flatte de pénétrer. Nous demandons à la science plus de mesure et de sobriété, et savons nous résoudre à ignorer. La prétention de tout éclaircir n'aboutirait qu'à épaissir encore les ténèbres qui recouvrent l'histoire et les transformations des lois nationales de l'époque franque.

CHAPITRE X.

Loi salique.

I.

En passant de cet aperçu général du sujet à l'étude particulière de chaque loi, je placerai en premier ordre la loi salique. Ce n'est pas qu'elle ait joui d'une autorité supérieure : ce n'était que la loi des Francs saliens. Mais comme loi du peuple qui fonda la monarchie française, elle aurait bien droit au premier rang. Elle y a encore un autre titre : c'est d'offrir la plus vive peinture des coutumes germaniques. Elles s'y montrent avec une rudesse toute primitive, non altérées encore par une influence qui s'exerça sur la rédaction des autres lois. Il est attesté que les Francs étaient encore païens lorsqu'eut lieu la constatation de leurs usages : l'Église ne put donc y intervenir.

Les Francs n'étaient encore qu'au début de leurs conquêtes. Quels territoires occupaient-ils alors? Où, quand et comment la loi salique fut-elle rédigée? Nous ne savons sur ces questions que ce que nous apprennent deux prologues et un épilogue.

De ces deux prologues, l'un, beaucoup plus court, est un abrégé de l'autre, à moins qu'il n'en ait été le premier dessin. Le mouvement, la couleur locale qui caractérisent le prologue le plus long, pourraient faire plutôt penser qu'il est l'original.

Les deux pièces s'accordent pour constater que la coutume des saliens fut arrêtée dans un temps où ils étaient encore barbares, c'est-à-dire païens.

La contrée où se fit la rédaction est indiquée, mais d'une manière obscure, par des noms de lieux dont la situation est incertaine. Le petit prologue les place au delà du Rhin; mais

Digitized by Google

dans un passage peut-être interpolé; car il ne se lit point dans tous les manuscrits.

Les prologues nomment quatre commissaires préposés à ce travail. La désinence uniforme de leurs noms, et la correspondance de ces noms avec ceux des localités qu'ils durent représenter, leur donnent assez l'air de personnages mythiques. Ce qui aurait pour nous plus d'intérêt, et que les deux prologues ne font pas connaître, c'est le nom du prince qui régnait alors sur la nation. Serait-ce Clovis? La chose est possible : il est dit ailleurs que Clovis fit rédiger les lois des Francs. Néanmoins on croit communément la rédaction de la loi salique antérieure à son règne.

Mais il y mit la main après sa conversion au christianisme. C'est ce que le plus long prologue atteste. Il y avait sans doute dans la loi rédigée des choses qui se rattachaient aux vieilles superstitions des Francs. On eut à les faire disparaître. C'est vraisemblablement aussi alors que furent introduits dans la loi salique les priviléges qui y sont stipulés pour l'Église et le clergé. Le même prologue mentionne d'autres modifications apportées plus tard à la loi primitive par des rois nommés Childebert et Clotaire. Il s'agit certainement des édits de Childebert II et de Clotaire II dont j'ai parlé plus haut. Ce ne furent pas précisément des modifications de la loi salique, ce furent des lois générales. Mais comme elles dérogeaient aux usages des saliens, l'auteur du prologue put leur attribuer ce caractère. Les manuscrits nous les montrent intercalés souvent dans le texte de la loi salique [1].

A ces renseignements joignez une mention qui accompagne certain texte de la loi salique; il est dit que c'est un texte révisé sous Charlemagne (*lex emendata à Carolo magno*). La loi salique fut donc alors soumise comme d'autres à la révision dont j'ai déterminé le caractère et la cause.

[1] Je citerai particulièrement un manuscrit connu sous le nom de Manuscrit de Wolfenbuttel. Il contient un des textes les plus défigurés de la loi salique (ap. Pardessus, p. 157 et s.). Ce texte est terminé par un épilogue où on lit que la loi reçut des additions sous Childebert et sous Clotaire, et l'épilogue indique à quel titre s'ouvrent les additions de Childebert, à quel titre celles de Clotaire. Reportez-vous aux titres indiqués, que trouvez-vous? Précisément le traité conclu entre Childebert II et Clotaire II, *pro tenore pacis*, et l'édit (*decretio*) publié ensuite par Clotaire II.

Digitized by Google

Voilà tout ce qui nous a été appris sur l'histoire particulière de cette loi.

II.

De son histoire passons à celle des publications et des manuscrits.

La loi salique fut publiée en France, au XVIe siècle, par Dutillet. Le texte qu'il mit au jour fut celui de la *lex emendata*. C'est aussi ce texte que Baluze reproduisit dans son édition des Capitulaires.

Des textes différents furent publiés en Allemagne par Herold [1], par Eccard [2], par Schilter [3], plus récemment par Feuerbach [4].

Tant de formes diverses de la loi salique étaient une énigme que M. Pardessus entreprit de résoudre. Son premier besoin fut de consulter et de comparer tous les manuscrits connus; sa seconde pensée fut de mettre sous les yeux du public tout ce qu'ils contenaient.

On peut voir dans son édition monumentale de la loi salique [5] quelle variété de textes on rencontre. Prenez un article et suivez-le dans les divers manuscrits, vous trouverez des variantes de style; — quelquefois c'est le fond même de la disposition qui diffère; — ce qui est plus fréquent, c'est de rencontrer dans un manuscrit des articles qui manquent dans un autre; — ce ne sont pas seulement des articles, ce sont des titres entiers qui figurent ici ou là et font défaut ailleurs. Le nombre des titres varie ainsi de 65 jusqu'à 99 [6]. D'où viennent ces diversités? Elles viennent surtout des licences qu'on prit dans des transcriptions dont le but était tout pratique : chaque tribunal se composa une loi à son usage.

[1] V. ce que j'ai dit plus haut de sa publication.

[2] Eccard, *Leges Francorum salica et Ripuariorum*. Francof., 1720, in-f°.

[3] Schilter, *Thesaurus antiquitatum teutonicarum*. Ulm, 1727, in-f°.

[4] Feuerbach, *Die lex salica*. Erlang., 1831, in-4°.

[5] Pardessus, *Loi salique*. Paris, 1843, in-4°.

[6] Une pièce du temps, que je signalerai plus loin, la *Recapitulatio legis salicæ*, fait cette remarque : « Sciendum est quod in quibusdam legis salicæ inveniuntur capitula principalia LXV, in quibusdam vero LXX, in quibusdam LXXX, etiam paulo plus aut paulo minus... »

Digitized by Google

On serait dans un dédale si la *lex emendata* ne fournissait un fil conducteur : voilà le texte vrai, authentique.

Mais ce n'est pas le texte primitif, arrêté au temps où les Francs étaient encore païens : la *lex emendata* consacre des priviléges pour l'Église et le clergé (tit. LVIII), des empêchements de mariage pour cause de parenté qui ne furent établis que plus tard par l'Église (tit. XIV, art. 16). Le texte rétabli sous Charlemagne fut donc le texte de la loi telle qu'elle était devenue par des modifications régulières faites sous différents règnes.

Ne pourrait-on pas, parmi les textes si divers que présentent les manuscrits, retrouver le texte primitif? Ce n'est peut-être pas impossible. A côté de la *lex emendata*, composée seulement de 70 titres, on trouve un texte plus court encore, qui n'en a que 65. Vous n'y lirez ni ces priviléges de l'Église, ni ces empêchements de mariage que je signalais tout à l'heure dans la *lex emendata*. Ici rien d'ecclésiastique, rien de chrétien, rien qui n'ait pu appartenir à la loi d'un peuple encore païen. Voilà le texte qui peut le mieux donner l'idée de la loi primitive, si ce n'est pas cette loi elle-même.

M. Pardessus a donné aussi à ce texte le premier rang; il l'a fait suivre d'autres textes qui montrent les formes nouvelles que prit la loi salique, tant par des modifications régulières que par les caprices des transcripteurs. Il a clos sa publication par la *lex emendata*, qui fut destinée à mettre un terme aux déformations produites par ces caprices.

Depuis l'édition de M. Pardessus, il en a paru deux autres en Allemagne.

La première fut donnée par M. Waitz dans un volume où il entreprit d'exposer les coutumes des Francs avant la fondation de la monarchie française [1]. Il prit comme base de son exposition le texte aux 65 titres, et le publia avec les variantes offertes par les manuscrits de même famille.

Une édition bien plus ample a été donnée depuis par Merkel [2]. Il regarde aussi le texte aux 65 titres comme la plus ancienne forme de la loi salique; mais il lui a donné une suite composée de morceaux tirés des divers manuscrits, et distribués à sa

[1] G. Waitz, *Des alte recht der salishen Franken*. Kiel, 1846, in-8°.
[2] Merkel, *Lex salica*. Berl., 1850, in-8°.

Digitized by Google

guise. Il a ainsi offert au public une loi salique en 105 titres, qui n'est qu'un texte artificiel, arrangé arbitrairement par l'éditeur. M. Merkel a ajouté sous le nom de Novelles les variantes de chaque article qui lui ont paru dignes d'être relevées. Quoique ces procédés donnent prise à la critique, cette édition a l'avantage de rassembler en un petit volume tout ce que les manuscrits de la loi salique offrent de plus important.

La loi salique n'a point encore été publiée dans la collection des lois nationales de M. Pertz. Mais sa collection des Capitulaires contient diverses séries d'articles, présentées par M. Pertz comme des additions faites à la loi salique; une première par Clovis, une seconde par Childebert Ier, une troisième par Clotaire Ier, une quatrième à une époque incertaine[1]. Le savant éditeur s'est déterminé par de pures conjectures que l'étude des manuscrits lui a suggérées. Sans discuter en détail si l'on peut avec quelque vraisemblance attribuer tels et tels articles à tel prince, j'opposerai à toutes les hypothèses de ce genre une considération générale. Si l'on attribue un caractère légal à tout ce qu'on trouve dans les manuscrits de la loi salique, il sera permis de rechercher, au risque de se poser une question insoluble, quand eut lieu telle ou telle addition. Mais toutes ces recherches me paraissent vaines et sans objet; car je ne puis voir que des additions faites par des copistes là où l'on suppose des additions faites par des princes. Je tire ma preuve de la *lex emendata*. La révision faite sous Charlemagne eut pour but le rétablissement du texte légal, défiguré par les copistes. Si les titres et les articles qu'on attribue à des princes avaient été, en effet, ajoutés régulièrement à la loi salique, ils en seraient devenus des parties intégrantes et n'auraient pu être omis dans le texte de la loi quand il fut arrêté par Charlemagne. S'ils furent rejetés, c'est qu'ils étaient sans valeur légale.

III.

Mais ce qui est sans valeur légale n'est pas sans valeur historique. Les variantes des manuscrits nous montrent ce que la loi salique devint dans la pratique; on y voit d'autres coutumes, quelquefois contraires, qui se forment à côté de la loi.

[1] Ap. Pertz, *Leg.*, II, p. 1, 5, 9, 12.

Digitized by Google

Beaucoup d'articles, de chapitres ajoutés au texte légal, ont, sous ce rapport, un grand intérêt. Quant aux variantes de style, ces remaniements du texte légal servent à nous apprendre comment il était entendu.

Je signalerai des gloses d'un caractère très-remarquable. Quelques manuscrits présentent, intercalés dans le texte, des termes énigmatiques, précédés invariablement de ces initiales : MALB. Sous cette forme tronquée, on reconnaît le mot *Mallobergium :* ces gloses ont été nommées *gloses malbergiques.*

Le *Mallobergium* était l'assemblée, l'audience dans laquelle s'administrait la justice. Nous avons donc là des mots usités dans la langue judiciaire, pour lesquels le latin n'avait pas fourni de termes équivalents. Ces gloses correspondent à d'autres du même genre qu'on lit dans la loi des Bavarois, où elles s'annoncent autrement : *quod dicunt, quod vocant,* etc.

Le caractère de ces gloses en révèle l'idiome. Ce ne peut être que l'idiome du peuple dont la loi est ainsi interprétée. Voilà ce qu'on pensait généralement, lorsqu'un Allemand, M. Léo, s'avisa, il y a quelques années, de soutenir que ces mots étranges appartenaient à un idiome celtique [1]. Le grand philologue Jacques Grimm [2] a fait justice de cette idée que M. Léo parait avoir lui-même abandonnée; car il n'a pas continué la publication qu'il avait commencée.

Les gloses malbergiques ont suggéré une conjecture plus digne d'attention. Ne seraient-ce pas des débris d'une rédaction primitive des coutumes saliques faite dans l'idiome des Francs saliens ? Le texte latin de la loi salique n'en serait-il pas une traduction ?

Cette conjecture a paru un moment confirmée par la découverte de fragments d'un texte tudesque de la loi salique [3]. Mais les juges les plus compétents n'y voient qu'une version, non un original. Ces fragments montrent, dit-on, une langue plus avancée que celle des Francs ne devait l'être au temps où leur loi fut rédigée. Cet indice écarté, la question que j'ai posée

[1] *Leo die malbergische glosse ein rest altkeltischen sprache*, I, II. Halle, 1842-1845, in-8°.

[2] V. la préface mise par J. Grimm en tête de l'édition de la loi salique donnée par Merkel.

[3] V. l'édition de la loi sal. de Merkel, p. 104.

Digitized by Google

reste livrée aux conjectures. Il peut paraître invraisemblable que pour une œuvre aussi nationale que la rédaction de leurs coutumes, les Francs aient emprunté la langue d'une population vaincue et réduite à une condition inférieure. On a dit que les idiomes tudesques ne se prêtaient pas à l'écriture. Les lois anglo-saxonnes prouvent le contraire. L'Islande, d'ailleurs, offre l'exemple de lois semblables arrêtées sans être écrites et confiées seulement à la mémoire. Malgré ces raisons, on s'est en général refusé à croire à une rédaction primitive en langue francique. Je n'insisterai pas sur une question qui intéresse médiocrement l'histoire du droit, et qui n'est pas susceptible d'un éclaircissement certain.

IV.

A la loi salique se rattachent quelques travaux de peu d'importance qui eurent pour but de faciliter l'application de son tarif de compositions. On fit des classements méthodiques de ces peines pécuniaires. Une œuvre de ce genre intitulée *Recapitulatio legis salicæ* [1] part de la composition de 7 deniers pour s'élever par degrés jusqu'à celle de 1,800 sous. Une autre, intitulée *Septem causas* [2], présente des groupes dont chacun est formé de sept compositions d'un chiffre pareil. — Une autre encore, intitulée *Chunnas*, offre un tableau de conversion de deniers en sous [3]. — Ces pièces, sans caractère légal, sont de peu de valeur.

D'un tout autre caractère et d'une tout autre importance sont deux capitulaires relatifs à la loi salique. Nous savons que Charlemagne avait projeté de soumettre les lois nationales des Francs à une complète révision. D'autres soins ne lui permirent de réaliser qu'imparfaitement ce dessein. La révision qui eut lieu ne porta que sur le texte des lois ; mais elles furent en quelques points éclaircies, corrigées ou complétées par des capitulaires spéciaux. La loi salique fut en 803 l'objet d'un

[1] Ap. Merkel, p. 98. — Pardessus, p. 335.

[2] Ap. Merkel, p. 95. — Pardessus, p. 350.

[3] Ap. Merkel, p. 95. — Pardessus, 156, 264. — Le mot *chunna* exprimait une somme de 100 deniers. Ex. : « Sexan chunna solid. XV culpabilis judicetur, » c'est-à-dire 600 deniers équivalent à 15 sous, le sou valant 40 deniers. (V. Ducange, H. V.)

Digitized by Google

capitulaire de ce genre [1]. Un autre ayant le même but fut publié par Louis le Débonnaire [2].

Ce dernier capitulaire indique par leurs numéros les titres de la loi salique qui sont modifiés. Ces renvois se réfèrent à la *lex emendata*. Il est donc bien prouvé que c'est ce texte qui avait cours alors. L. DE VALROGER.

(*La fin à une autre livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

DE L'ACTION DU MINISTÈRE PUBLIC EN MATIÈRE CIVILE

D'APRÈS L'ANCIENNE LÉGISLATION, LE DROIT INTERMÉDIAIRE ET LA LOI MODERNE, par G. DEBACQ, docteur en droit, avocat à la Cour impériale. — Ouvrage couronné par la Faculté de droit de Paris. — Paris, Cotillon, éditeur.

Compte rendu
par M. Léon CAËN, avocat à la Cour impériale de Paris.

Avant 1851, la jurisprudence à peu près unanime de la Cour de cassation et des Cours d'appel ne reconnaissait au ministère public le droit d'action au civil que dans les cas expressément réservés par les lois. Le principe reconnu était que, en dehors de ces exceptions, le ministère public n'avait que le droit de réquisition.

Ce n'est pas que quelques décisions isolées n'eussent déjà fait fléchir cette règle en ce qu'elle avait d'absolu. Nous pouvons citer un arrêt de la Cour royale de Paris, du 22 juillet 1815 (Sirey, Coll. nouv., t. V, 2e part., p. 54), décidant « *que*, « DANS L'INTÉRÊT DE LA SOCIÉTÉ, *le ministère public est toujours* « recevable *à former tierce opposition à des jugements qui sont* « *reconnus contraires à cet intérêt*, lors même qu'ils ont été « rendus sur ses conclusions. » Il s'agissait de l'incompétence des tribunaux français pour ordonner l'exécution d'un testament fait en France par un étranger, et le ministère public n'invoquait pour justifier son intervention dans un procès, où,

[1] Cap. 803 ap. Walter, II, 177.
[2] Cap. 819 ap. Walter, II, 337.

Digitized by Google

jusque-là, il n'avait été que partie jointe, aucun texte qui l'autorisât à procéder par voie d'action dans l'espèce particulière dont nous venons de parler.

Mais il faut reconnaître que, jusqu'à ces dernières années, il n'y avait guère d'arrêts qui ne restreignissent le droit d'action du ministère public aux hypothèses auxquelles il lui avait été conféré spécialement. La Cour suprême avait à plusieurs reprises consacré cette doctrine.

Une jurisprudence extensive de quelques Cours impériales, inaugurée par la Cour de Paris, a renversé le principe, et de ce qui n'était jusque-là qu'une exception, a voulu faire la règle. La théorie nouvelle, s'appuyant sur les termes de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 et sur quelques dispositions de lois postérieures, reconnaît le droit d'action au ministère public, dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public, sans qu'il soit nécessaire que ce droit lui ait été explicitement attribué.

Indépendamment de quelques auteurs qui se sont ralliés à cette opinion, et de deux ou trois arrêts qui n'ont pas reculé devant une affirmation franche et hardie de la thèse juridique qu'ils adoptaient, la plupart des décisions intervenues sur la question n'ont pas laissé que d'être obscures et de manquer de précision. Elles ont presque toujours, en proclamant d'une manière abstraite le droit d'action du ministère public, abrité leur doctrine derrière un texte particulier, qui, suivant elles, autorisait au procès le ministère public à agir comme partie principale en dehors de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810. C'est ainsi que, dans les cas où il s'agissait d'action en rectification d'actes de l'état civil, les tribunaux ont voulu étayer le droit d'action, soit sur l'avis du Conseil d'État du 12 brumaire an II, soit sur le décret du 18 juin 1811 [1].

Enfin, comme la Cour de cassation a toujours repoussé cette extension des pouvoirs du ministère public, voyant, non sans raison, un danger pour les droits et les intérêts particuliers, dans la faculté si large accordée au ministère public d'agir d'office chaque fois que *l'ordre public* était intéressé, des arrêts ont voulu corriger ce que cette conséquence de leur système avait d'exorbitant.

La Cour d'Orléans, notamment, dans un arrêt du 29 décembre 1860 (Terrier, S.-V, 1861, 2, 35), a formulé une opinion intermédiaire aussi critiquable que curieuse.

« Considérant..., dit cet arrêt, qu'ainsi l'article 46 de la loi « de 1810, considéré dans son esprit et dans son texte, com-

[1] Notons que l'arrêt de la Cour suprême du 22 janvier 1862 a admis l'action principale du ministère public, au cas de rectification d'actes de l'état civil, en se fondant sur des textes spéciaux qui l'autorisent. On ne saurait sans se méprendre sur la portée de cet arrêt lui attribuer une signification plus large.

Digitized by Google

« paré avec la législation antérieure, expliqué par cette légis-
« lation et confirmé par celle postérieure, reste dans toute sa
« force et établit d'une manière positive le droit d'action du
« ministère public dans les dispositions des lois qui intéres-
« sent l'ordre public, et spécialement en matière d'état civil ;

« *Considérant, toutefois, que ce droit ne peut être absolu et*
« *donner au ministère public la faculté de se livrer à des inves-*
« *tigations qui porteraient le trouble dans les familles aux-*
« *quelles il faut réserver une juste liberté d'appréciation et de*
« *poursuites; que, non-seulement le ministère public ne peut à*
« *sa volonté se constituer partie principale dans toutes affaires*
« *comprises dans l'article* 83 du Code de procédure civile, *mais*
« *que dans celles-là même énoncées au n° 1 de cet article con-*
« *cernant l'ordre public, il ne doit lui être permis d'agir que*
« *lorsque l'intérêt public prédomine d'une manière essen-*
« *tielle;* . . . . . .

« Qu'ainsi limité dans son exercice et dans son étendue, le
« droit du ministère public, consacré par le texte positif de la
« loi de 1810, ne présente aucun des inconvénients qui sont
« allégués, et se trouve, au contraire, en parfaite conformité
« avec le caractère de son institution et les attributions géné-
« rales qui en découlent. »

Cette théorie mixte est singulièrement illogique. Quoi! on avoue qu'accorder au ministère public l'action d'office, dans tous les cas où l'ordre public est intéressé, sans que ces cas soient spécifiés, c'est « donner au ministère public la faculté « de se livrer à des investigations qui porteraient le trouble « dans les familles, » puis ce droit dangereux on le lui confère « lorsque l'intérêt public *prédomine d'une manière essentielle.* » *Mais quand cette prédominance existera-t-elle?* — Sur ce point, toute latitude est laissée aux tribunaux, et l'arrêt d'Orléans ne s'explique pas.

Une autre inconséquence beaucoup plus grave de la même doctrine est de distinguer là où la loi n'établit pas de distinction. De deux choses l'une : *ou bien l'article* 46 *de la loi du* 20 *avril* 1810 *érige en principe le droit d'action,* dès que l'ordre public est en cause; alors il suffira d'examiner les faits d'un procès pour recevoir cette action ou la déclarer non recevable. Ce sera une question d'appréciation de la part des tribunaux, et la Cour suprême n'aura pas même à exercer son contrôle, puisque, en matière civile, la fausse application de la loi ne donne pas ouverture à cassation; — *ou bien le ministère public ne peut agir comme partie principale que lorsqu'il y est spécialement autorisé,* et alors peu importe que l'ordre public soit ou non intéressé à cette action. Eh! bien, l'arrêt d'Orléans commence par reconnaître que l'article 46 accorde au ministère public, d'une manière générale, le droit d'action dans les matières d'ordre public, puis il restreint ce droit à des hypo-

Digitized by Google

thèses déterminées. Ainsi toutes les affaires comprises dans l'article 83 du Code de procédure civile ne pourront pas être introduites par le ministère public, pas même celles du § 1; parmi celles-là, il n'y aura que celles dans lesquelles l'ordre public prédominera. Pourquoi?

On voit à quelles contradictions et à quelles difficultés la jurisprudence récente, repoussée d'ailleurs par la Cour de cassation, a donné lieu.

(V. notamment arrêt de rejet du 22 janvier 1862 et les excellentes conclusions du rapport de M. le conseiller Laborie, S.-V., 1862, 1, 258.)

C'est cette détermination des pouvoirs du ministère public en matière civile qui a séduit M. Debacq et l'a décidé à présenter, au dernier concours de la Faculté de droit de Paris, le travail considérable, aujourd'hui publié en volume, qui a obtenu l'unique médaille d'or.

Pour traiter complétement le sujet intéressant de l'action du ministère public, il ne suffisait pas de recourir à la loi de 1810, à son interprétation et à ses applications. Bien que la jurisprudence, offrant en cette matière des monuments nombreux à rapporter, à expliquer et à commenter, jouât un rôle important dans un pareil traité, il était indispensable, pour éclairer la loi, de consulter ses antécédents dans le droit ancien et dans le droit révolutionnaire.

Cette étude, difficile, parce qu'il fallait réunir bien des autorités et bien des documents épars, était rendue plus nécessaire encore par l'occasion, sinon le but, en vue de laquelle M. Debacq avait écrit son livre. Traiter l'action du ministère public pour un concours de Faculté, c'était nécessairement s'obliger à donner de larges développements à la partie historique de la matière.

L'auteur du livre dont nous rendons compte a su concilier les exigences scolastiques avec celles de la pratique.

Toute la première partie du livre de M. Debacq étudie, au point de vue de l'histoire et des principes, les attributions du ministère public en matière civile. Deux sections comprennent le droit ancien et le droit intermédiaire. La troisième section s'occupe du droit contemporain. Dans cette partie est examiné le droit d'action du ministère public.

Les décisions rendues sont soigneusement notées, et l'on voit de suite quel est sur chaque question l'état de la jurisprudence. Nous regrettons seulement que les recueils d'où sont tirés les arrêts ne soient pas toujours mentionnés. C'est là, sans doute, une lacune facile à combler, mais elle rend plus pénible le recours aux documents cités. La richesse des citations a valu à M. Debacq quelques critiques dans le rapport présenté à la Faculté de droit de Paris. On a trouvé qu'il avait fait abus de jurisprudence. Peut-être, au point de vue du

Digitized by Google

concours, ce reproche était-il justifié; mais, aujourd'hui, il s'agit d'apprécier un livre, non une dissertation. Les jurisconsultes praticiens, qui sont destinés à être, en grande majorité, les juges de cet ouvrage, ne se plaindront pas d'être mis à même de rapprocher entre eux les arrêts rendus par les diverses Cours.

M. Debacq n'a-t-il pas lui-même cité (page 46) le passage curieux d'un publiciste du commencement du XVIIe siècle : « C'est une maxime parmi les juges que tout ce qui a été jugé « précédemment a été bien jugé. Aussi prennent-ils le plus « grand soin de conserver tous les arrêts antérieurs, même « ceux que l'ignorance a dictés et qui sont le plus manifeste- « ment opposés à l'équité et à la droite raison. Ces arrêts for- « ment ce qu'on appelle la jurisprudence; on les produit comme « des autorités, et les juges ne manquent jamais de conformer « leurs sentences à ces exemples. Il n'y a rien qu'on ne prouve « et qu'on ne justifie en les citant. » L'auteur ne pouvait donc tomber dans une trop aveugle indulgence pour la jurisprudence, et s'il a rapporté des arrêts ce n'a été que pour appuyer son argumentation, jamais pour y suppléer.

On rencontre partout, du reste, des preuves de la tendance philosophique de l'ouvrage de M. Debacq, à côté des qualités pratiques qui distinguent son travail. Lorsqu'il veut, par exemple, expliquer la facilité avec laquelle l'ancien droit admettait le droit d'appel du ministère public, même lorsque l'arrêt avait été rendu sur ses conclusions conformes, il s'élève aux plus hautes considérations : « Aux yeux des jurisconsultes, dit-il, rien n'était plus dangereux que de laisser « s'établir une jurisprudence irrégulière, consacrant des don- « nées juridiques erronées. L'erreur, mauvaise en soi, deve- « nait, à leurs yeux, une calamité lorsque des magistrats lui « donnaient l'appui d'un arrêt. Ils posaient en thèse cette « doctrine que Rousseau devait plus tard éloquemment tra- « duire : que si l'on pouvait, sans grand inconvénient pour la « société, laisser passer sans agir une violation de la loi com- « mise par un particulier, il fallait pouvoir s'opposer à la « consécration juridique d'une théorie fausse : on pouvait ne « point s'occuper d'une faute isolée; il fallait éviter que l'erreur « ne devînt principe. »

La partie relative à l'ancien droit présente un intérêt pratique très-important au point de vue de la détermination du pouvoir du ministère public quant au droit d'action. Les partisans de la théorie extensive de ce droit n'ont pas manqué de chercher dans l'histoire des arguments à l'appui de leur thèse. M. Debacq, qui est leur adversaire bien déterminé, n'en laisse pas subsister un après une vive discussion.

Il a suivi le même programme et atteint le même résultat dans son étude du droit intermédiaire.

Digitized by Google

On sait que M. le procureur général Dupin, dans son réquisitoire prononcé devant la chambre civile le 22 janvier 1862 (aff. Terrier La Chaise), a soutenu que, malgré les termes précis de l'article 2, tit. 8 de la loi des 16-24 août 1790 restreignant les pouvoirs du commissaire du roi au droit de réquisition, les commissaires avaient le droit d'intervenir comme parties principales dans les instances où l'ordre public était intéressé. On voit combien cette thèse était décisive pour la solution de la question contemporaine. M. Debacq en a démontré victorieusement la fausseté.

C'est dans la troisième section que nous entrons au vif du sujet. Quelles sont les attributions du ministère public sous l'empire de la loi du 20 avril 1810? Toutes les objections du système que repousse M. Debacq ont été réfutées par lui avec vigueur et, suivant nous, avec raison, tant au point de vue du droit positif que de la législation.

Pour le droit positif, nous croyons comme l'auteur que la jurisprudence de la Cour de Paris et de ses adhérents est erronée. Que devient, en effet, le § 1 de l'article 46 de la loi de 1810 avec un système qui admet le droit d'action, sans la présence d'un texte spécial? La théorie contraire ne supprime rien; elle complète au contraire le § 1 par le deuxième paragraphe et évite tous les inconvénients d'une application trop large du droit d'action, dont l'effet ne sera pas seulement d'être préjudiciable aux intérêts privés, mais d'être nuisible au ministère public lui-même. Comme le fait très-bien remarquer M. Debacq : « Qu'est-ce en effet que le ministère public? « A quoi tient la considération, sinon le prestige, qui s'attache « aux fonctions qu'il exerce? Au rôle complétement désintéressé qu'il est appelé à remplir dans les contestations entre « simples particuliers. Le jour où le ministère public cessera « de remplir ce rôle, le jour où il descendra lui-même dans « l'arène, où il deviendra partie principale, et, partant, intéressée aux luttes judiciaires, le citoyen cessera de voir le « magistrat pour ne plus considérer que l'adversaire. Le ministère public aura perdu en considération ce qu'il aura gagné « en pouvoir. »

Les diverses questions qui se rattachent à l'exercice de l'action du ministère public trouvent aussi leur place dans cette partie. Il est incontestable que le ministère public peut se pourvoir contre une décision rendue conformément à ses conclusions (V. plus haut), encore bien qu'il y ait acquiescé, qu'il l'ait exécutée; qu'il ne peut être prononcé contre lui de défaut faute de comparaître, et que le ministère public ne peut être condamné aux dépens ou à l'amende; que son action est facultative, sauf le cas où il exerce des actions appartenant à des tierces personnes; qu'enfin la chose jugée avec le ministère public n'a pas autorité à l'égard des tiers.

Digitized by Google

Une question plus controversée est celle de savoir si le ministère public peut se pourvoir contre une décision, lorsqu'il n'a été que partie jointe devant la première juridiction, et cela dans le cas, bien entendu, où il aurait pu se porter partie principale. La jurisprudence, cependant, est aujourd'hui fixée en faveur du droit d'appel, et nous sommes, comme elle et avec M. Debacq, partisan de cette doctrine.

M. Debacq a classé, dans la deuxième partie de son livre, les diverses matières dans lesquelles le ministère public a droit d'action. L'ordre adopté par lui est à la fois satisfaisant au point de vue scientifique et commode pour la rapidité des recherches. Il classe d'abord les affaires suivant les attributions du ministère public qui peut agir : 1° comme partie principale et d'office; 2° comme partie principale, mais sur l'invitation des parties intéressées dont il exerce l'action; 3° comme représentant l'une des parties au procès; 4° pourvois dans l'intérêt de la loi et annulations pour excès de pouvoirs. Nous nous empressons d'ajouter que cette partie du livre est très-complète, et le lecteur remarquera surtout l'examen du pouvoir du ministère public quant à l'action en rectification des actes de l'état civil (p. 200 et suiv.)

En résumé, le livre de M. Debacq est une bonne et précieuse monographie qui sera de plus d'un secours aux magistrats et au barreau. Il serait difficile de lui adresser une critique de quelque gravité. L'exposition des principes, la discussion des théories diverses est d'une grande clarté, et l'ouvrage se lit très-facilement, même dans les parties les plus arides de l'histoire du droit qu'il a su rendre attrayante en en faisant comprendre l'utilité pratique. N'est-ce pas le plus grand éloge que puisse mériter un tel ouvrage?

LÉON CAËN.

Au même moment que cette livraison paraît un livre de M. Bertauld, intitulé *Questions pratiques et doctrinales sur le Code Napoléon*. Quelques fragments publiés déjà dans cette *Revue* ont été remaniés et développés. La plus grande partie du livre est inédite. Nous n'avons que le temps de l'annoncer et de signaler particulièrement 160 pages consacrées au conflit des lois françaises et étrangères, des études sur le payement des charges héréditaires et la séparation des patrimoines, sur l'action en réduction, sur la loi du 14 juillet 1866 et le droit des ayants cause des auteurs sur leurs œuvres, etc.

L. DE V.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. C. Gérardin, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

RÉGIME DOTAL. — CLAUSE D'ALIÉNABILITÉ. — INTERPRÉTATION.

Cour de cassat., ch. civ., Cassat. 4 juin, 2 juillet 1866.
(Sir., 66, 1, 281, 315.)

L'article 1557 du Code Napoléon permet aux futurs époux qui adoptent le régime dotal, de déroger au principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, édicté par l'article 1554, et de stipuler dans leur contrat de mariage qu'ils pourront aliéner ces immeubles même en dehors des hypothèses exceptionnelles prévues par les articles 1555, 1556 et 1558. Le législateur moderne a pensé que le principe de la liberté des conventions matrimoniales devait dominer ce régime comme tous les autres, et qu'il convenait mieux de laisser les époux seuls juges de la question de savoir s'ils devaient ou non enchaîner leur liberté. C'est sur la proposition de M. Berlier que fut introduite cette disposition que n'avaient connue ni le droit romain, ni la grande majorité des pays de droit écrit. Mais, comme beaucoup des innovations du Code, elle a été édictée par le législateur sous une forme peut-être un peu laconique, et les controverses n'ont pas tardé à s'élever sur l'étendue qu'il fallait attribuer à cette permission donnée aux parties de supprimer un des principaux caractères du régime dotal.

C'est sur deux de ces clauses dérogatoires à la dotalité que la Cour de cassation a eu à prononcer dans les deux arrêts cités en tête de ce travail. Les futurs époux, dans les deux espèces qui lui étaient soumises, allant au delà des termes de notre article[1], avaient stipulé pour la femme, dans l'une des

[1] La jurisprudence, après quelques hésitations, a fini par reconnaître que les époux étaient libres de modifier le régime dotal dans la mesure qu'ils jugeaient convenable : ce n'est là qu'une conséquence de l'article 1387, qui permet aux époux de régler leurs conventions matrimoniales comme ils le jugent à propos. Les arrêts cités dans le cours de cette étude supposent tous, comme constante, cette faculté laissée aux parties.

Digitized by Google

espèces, *la faculté d'échanger, hypothéquer et aliéner ses biens dotaux sans remploi*, et dans l'autre, *le droit : 1° pour ses capitaux, rentes, créances ou autres valeurs mobilières, de les recevoir, céder, transporter et vendre sous l'autorisation de son mari; 2° pour ses immeubles, de les aliéner sous l'autorisation maritale, mais à charge d'emploi, et de les hypothéquer avec l'autorisation de justice.* Pendant le mariage, la femme avait cédé à un créancier du mari ses reprises dotales jusqu'à due concurrence et l'avait subrogé dans son hypothèque légale; puis, comme le créancier demandait, en vertu de cette cession, à être colloqué au lieu et place de la femme sur le prix des immeubles du mari, celle-ci conclut à la nullité de la cession et de la subrogation par elle consenties, en se fondant sur l'inaliénabilité de sa dot mobilière, inaliénabilité à laquelle il n'avait pas été, disait-elle, apporté de dérogation par la clause de son contrat de mariage [1].

La difficulté soumise à la Cour suprême n'était pas nouvelle : déjà en 1853 la question s'était présentée devant elle, et la chambre des requêtes, rejetant le pourvoi formé par une femme dotale, jugeait qu' « en décidant que sous cette expression générale, *biens dotaux*, les parties avaient entendu comprendre les biens mobiliers ainsi que les immeubles, la Cour impériale n'avait fait qu'une interprétation de l'intention des contractants, que cette interprétation rentrait dans les attributions souveraines des juges de la cause, et ne constituait aucune violation de la loi. » (Requêtes 1er juin 1853; Sir., 1853, 1, 730.) [2] En 1856, la chambre civile, saisie de la même question, mais cette fois sur le pourvoi du créancier subrogé, dont

[1] Nous nous plaçons, avec une jurisprudence aujourd'hui fixée et que nous n'avons pas à examiner ici, dans le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière, système d'après lequel la femme ne peut céder ses reprises ni subroger à l'hypothèque légale destinée à en garantir le recouvrement. Dans le système contraire, encore dominant en doctrine, la question ne saurait s'élever : la femme étant pleinement capable de disposer de sa dot mobilière, la cession par elle consentie devrait produire tous ses effets.

[2] En 1847, la chambre des requêtes allait plus loin, et décidait qu'un tribunal avait pu, en fait, faire résulter la faculté d'aliéner la dot mobilière du droit que s'était réservé la femme *d'aliéner et hypothéquer ses immeubles dotaux*. (Requêtes 9 juin 1847; Sir., 47, 1, 616.) Mais c'est là une décision isolée, et que la Cour n'a pas tardé à abandonner. (Requêtes 3 avril 1849; Sir., 49, 1, 385.)

Digitized by Google

les prétentions avaient été écartées, décidait qu' « en jugeant que la faculté laissée à la femme par son contrat de mariage, de vendre, échanger et hypothéquer ses biens dotaux, ne comprenait pas le droit de subroger dans son hypothèque légale les créanciers de son mari, la Cour avait fait une saine interprétation de la volonté des parties, et n'avait violé aucune loi. » (Civ. rejet 16 décembre 1856; Sir., 57, 1, 582.)

En 1866 la Cour de cassation se place, pour trancher la difficulté, sur un autre terrain : elle juge *en droit* que les arrêts qui ont validé les cession et subrogation, ont méconnu le sens des conventions matrimoniales intervenues entre les époux, exagéré la dérogation apportée aux effets de la dotalité, et violé les articles 1134 et 1387.

Cette jurisprudence nouvelle soulève deux questions : la première résultant directement du point de vue différent auquel s'est placée la Cour dans ses deux derniers arrêts : l'interprétation d'une clause du contrat de mariage présente-t-elle à résoudre une question de droit de nature à tomber sous le contrôle de la Cour suprême, ou n'est-elle qu'une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond? Puis, en faisant de la difficulté une question de droit avec les derniers arrêts, les décisions données récemment par la Cour sont-elles conformes à la loi?

I. *Appartient-il à la Cour de cassation de déterminer le caractère légal des conventions matrimoniales, et d'en qualifier les clauses?*

Il est constant aujourd'hui et reconnu par la Cour de cassation elle-même qu'un pourvoi n'est pas admissible par cela seul qu'un jugement aurait erronément interprété les termes employés par les parties pour manifester leur intention : c'est là une application de ce principe que la Cour de cassation statue en droit et en fait, et n'a qu'à examiner si les tribunaux ont violé, faussement appliqué ou mal interprété la loi, ou s'ils ont déduit des conventions intervenues entre les parties les conséquences autorisées ou commandées par un texte législatif.

L'interprétation des clauses d'un contrat de mariage échappe-t-elle à cette règle et rentre-t-elle dans le domaine de la Cour de cassation? Au premier abord, on n'aperçoit pas les raisons

Digitized by Google

qui motiveraient ici une dérogation aux principes : les contrats de mariage sont soumis aux mêmes règles d'interprétation que les autres contrats, et lorsque les clauses en sont obscures, il semble que pour découvrir la véritable intention des parties, les Cours impériales soient souveraines dans leur appréciation. C'est en ce sens que se sont prononcés plusieurs arrêts [1], et c'est en partant du même point de vue que, dans notre question spéciale, les deux arrêts des 1er juin 1853 et 16 décembre 1856, cités plus haut, ont rejeté les pourvois qui attribuaient à la clause d'aliénabilité une portée plus ou moins large.

Mais par un arrêt solennel du 8 juin 1858 (Sir., 58, 1, 417), la Cour de cassation décidait en thèse qu'il lui appartenait de déterminer le caractère légal des conventions matrimoniales et d'en qualifier les causes. M. le procureur général Dupin, portant la parole dans cette affaire, en donnait ce motif que les contrats de mariage n'intéressent pas seulement les époux, mais les tiers, la société, et partant l'ordre public [2].

Faut-il voir dans cet arrêt un changement dans la jurisprudence de la Cour? A-t-elle entendu se réserver désormais le droit d'entrer dans l'examen détaillé des clauses des contrats de mariage et de reviser au besoin l'interprétation que leur auraient donnée les décisions déférées à la censure? Ce serait, à notre avis, exagérer la portée de cet arrêt. La Cour n'a pas dû vouloir se substituer aux juges du fait à l'effet d'apprécier l'intention des parties dans toutes les clauses de leurs conventions matrimoniales : ce serait sortir de sa mission. Le considérant de l'arrêt de 1858, qui affirme aussi énergiquement ce droit en faveur de la Cour suprême, s'explique par la question principale résolue dans cet arrêt. Il s'agissait de savoir de quelle clause du contrat pouvait résulter, pour des époux se mariant en communauté, l'adoption partielle du régime dotal : la

[1] Requêtes 22 novembre 1820; Sir., Coll. nouv., 6, 1, 329. — *Id.* 28 février 1828; Sir., Coll. nouv., 9, 1, 44. — *Id.* 22 avril 1857; Sir., 57, 1, 575.

[2] La chambre des requêtes (4 juin 1855; Sir., 55, 1, 743) paraissait déjà entrer dans cette voie en disant, dans les motifs de son arrêt, que l'interprétation d'un contrat de mariage, au point de vue du régime légal sous lequel les parties ont entendu placer l'union conjugale, et toutes les conséquences de la loi qu'elles ont choisie, ne peuvent échapper au contrôle de la Cour.

Digitized by Google

Cour se reconnaît, dans ce cas particulier, le droit d'examiner si les stipulations contenues au contrat « renferment une déclaration expresse de dotalité, comme le veut la loi, ou une déclaration qui en tienne lieu. »

Si nous n'avions pour justifier cette décision que cette considération présentée par M. le procureur général, que les contrats de mariage intéressent, outre les époux, les tiers et l'ordre public, nous croyons qu'elle ne serait pas suffisante : les tiers et l'ordre public sont intéressés au même degré à ce qu'un tribunal ne donne pas aux conventions, quelles qu'elles soient, une interprétation erronée et contraire à l'intention des contractants; et cependant les parties ne peuvent baser un moyen de cassation uniquement sur ce motif qu'un jugement aurait mal interprété leurs stipulations. Mais la Cour, dans l'espèce de 1858, avait, pour justifier son droit de contrôle, un texte dont elle pouvait, sans s'écarter de sa mission, reprocher au juge du fait la violation ou la fausse application. L'article 1392, en effet, exige, pour soumettre les biens de la femme au régime dotal, une déclaration expresse à cet égard dans le contrat de mariage; les juges du fond sont liés par ce texte impératif, et c'est à juste titre que, quand ils le méconnaissent, la Cour suprême use de son droit de révision pour en maintenir l'observation et en garantir la saine application. Ajoutons, avec l'annotateur de l'arrêt de 1858, que « telle est la seule garantie des plaideurs contre les tendances ou les prédilections plus ou moins prononcées des Cours impériales pour le régime dotal ou pour le régime de la communauté, et que tel est le seul moyen de les ramener à l'unité de jurisprudence....; autrement, avec des clauses plus ou moins ambiguës et le secours des interprétations, on arriverait bientôt à dénaturer entièrement le régime de la communauté pour lui substituer un régime hybride, mélange de deux régimes contraires, dont la femme se prévaudrait à son gré contre les tiers, toutes les fois qu'en renonçant à la communauté elle jugerait à propos de soustraire ses biens à l'exécution de ses engagements. »

En supposant maintenant, ce qui était l'espèce des arrêts de 1866, l'absence de toute incertitude sur la nature du régime matrimonial adopté par les parties, et spécialement la soumission au régime dotal mitigé par la stipulation de l'article 1557,

Digitized by Google

devons-nous encore reconnaître à la Cour de cassation un droit de contrôle sur l'étendue à donner aux clauses modificatives de ce régime? Sur ce second point la Cour établit, dans les arrêts antérieurs à 1866, une distinction bien tranchée entre le cas où le juge du fait s'est fondé, pour interpréter la clause dérogatoire, sur l'intention des parties, et celui où statuant en droit, il a attaché telle signification aux expressions employées par le législateur et transportées par les futurs époux dans leur contrat de mariage. Dans la première hypothèse, la Cour ne se croit pas autorisée à reviser la décision; dans la seconde, au contraire, elle s'attribue la mission de fixer le sens légal des expressions employées par le législateur, et reproduites dans le contrat de mariage [1].

Bien que cette distinction n'apparaisse plus aussi précise dans les deux arrêts de 1866, nous ne croyons pas cependant que la Cour ait entendu la répudier. Les considérants de ses deux décisions, rapprochés surtout des motifs donnés par les jugements attaqués, qui les premiers semblent avoir transporté la question sur le terrain du droit et de l'interprétation à donner à l'article 1557, ne sont pas assez tranchés pour amener à penser que la Cour veuille désormais se réserver, dans tous les cas, le droit d'examiner dans quelles limites les parties ont usé de la faculté à elle laissée par l'article 1557.

Ce n'est pas qu'il n'y ait peut-être des arguments à faire valoir à l'appui de cette dernière doctrine, surtout dans l'hypothèse spéciale des deux arrêts qui nous occupent. Les tribunaux, peut-on dire, sont, dans cette question comme dans celle de l'adoption du régime dotal, enchaînés par un texte, l'article 1557, dont l'observation et la saine interprétation sont, comme celles de l'article 1392, confiées à la garde de la Cour suprême. Il ne faut pas que, sous prétexte de découvrir la véritable intention des parties, les juges du fait altè-

[1] *Vide :* Sur la question de savoir si la faculté d'aliéner emporte celle d'hypothéquer, cette distinction nettement formulée dans les arrêts suivants : Cassat. 22 juin 1836; Sir., 36, 1, 433. — *Id.* 16 août 1837; Sir., 37, 1, 800. — Ch. réun., Cassat. 29 mai 1839; Sir., 39, 1, 449. — Sur la question de savoir si la stipulation de la faculté d'aliéner et d'hypothéquer entraîne celle d'aliéner la dot mobilière : Requêtes 9 juin 1847; Sir., 47, 1, 616. — *Id.* 1er juin 1853; Sir., 53, 1, 730. — *Id.* 13 décembre 1853; Sir., 54, 1, 17. — Civ. rejet 16 décembre 1856; Sir., 57, 1, 582.

Digitized by Google

rent le sens des expressions employées par le législateur, ce qui pourrait conduire à une diversité fâcheuse de jurisprudence, suivant les tendances plus ou moins prononcées des Cours pour ou contre le régime dotal. On peut ajouter enfin qu'on se trouve ici dans une matière toute spéciale, l'inaliénabilité, et que si le législateur a exigé pour l'établir une formule presque sacramentelle, on comprend qu'il exige aussi, une fois cette inaliénabilité constituée, des déclarations nettes et précises pour y déroger.

Ces considérations ne nous semblent cependant pas assez fortes pour autoriser une dérogation au principe que les tribunaux sont appréciateurs souverains de l'intention des parties, et que, toutes les fois qu'ils déclarent en fait que telle a été cette intention, la Cour de cassation doit tenir pour vraie l'interprétation donnée au contrat par la décision attaquée. Sans doute, l'article 1557 est, au même titre que l'article 1392, une disposition légale dont l'interprétation juridique appartient à la Cour régulatrice, et dont les juges du fait ne peuvent altérer ou modifier la portée sans encourir la cassation; et c'est pour ce motif que nous admettons le contrôle de la Cour, quand un tribunal aura jugé en droit que l'expression *aliéner*, employée par les parties, emporte à leur profit, par exemple, la faculté d'hypothéquer, ou telle autre dérogation à l'inaliénabilité. Mais quand une décision a constaté en fait que sous l'expression *aliéner* ou telle autre formule, les parties ont entendu se réserver telle ou telle faculté, et atténuer plus ou moins profondément les rigueurs de la dotalité, nous croyons que cette décision est à l'abri de toute censure : le tribunal est resté dans les limites de sa mission, qui consiste, pour rechercher le sens des clauses du contrat de mariage, à s'attacher à la commune intention des parties. Il existe d'ailleurs, entre cette situation et celle de l'article 1392, une différence capitale; on comprend que, pour déroger à la disponibilité de la dot ou à la capacité de la femme [1], le législateur se soit montré particulièrement sévère, et que la question de savoir si

[1] C'est une question fort délicate que celle de savoir si l'inaliénabilité de l'article 1554 dérive de l'indisponibilité des biens dotaux ou de l'incapacité de la femme. — V., sur cette question, une dissertation de notre savant collègue M. Gide, *Revue critique*, t. XXIX, p. 79. — V. aussi, même tome, un article de M. Bertauld, p. 207.

Digitized by Google

telle clause du contrat de mariage emporte la dotalité, soit toujours une question de droit, réservée en définitive à la Cour suprême. Ici, au contraire, il s'agit de revenir au droit commun : le même intérêt d'ordre public ne se présente plus ; les parties sont libres de règler comme elles l'entendent la condition de la dot, et il est tout naturel qu'en présence de cette liberté si grande qui leur est laissée par les articles 1387 et 1557, les tribunaux puissent chercher à découvrir leur véritable intention dans l'examen des clauses combinées du contrat et dans les diverses circonstances de fait mises à leur disposition. C'est bien ainsi enfin que semble l'avoir entendu le législateur lui-même. L'article 1557 présente une rédaction toute différente de celle de l'article 1392 ; il n'exige pas, pour autoriser l'aliénabilité, une déclaration expresse à cet égard : il se contente de dire que l'aliénation pourra avoir lieu lorsqu'elle aura été permise par le contrat de mariage, laissant par là aux juges du fait le soin de décider de quelles clauses les parties ont pu faire découler cette permission.

Concluons donc, sur ce premier point, que la question de savoir quelle est l'étendue des clauses dérogeant à l'inaliénabilité de la dot, reste dans le domaine souverain des juges du fait, quand ceux-ci se sont appuyés uniquement sur l'intention des futurs époux, et n'est une question de droit, soumise au contrôle de la Cour de cassation, que si la décision attaquée s'est fondée, pour la trancher, sur le sens légal à attacher aux expressions employées, et a déduit des conséquences juridiques des clauses insérées au contrat.

En supposant la difficulté portée sur le terrain du droit, quelle est l'étendue à donner à la clause d'aliénabilité, telle est la seconde question à examiner.

II. *La faculté que se sont réservée les époux d'aliéner et d'hypothéquer sans remploi les biens dotaux, ou de céder, transporter et vendre, sans obligation d'emploi*[1], *les créances dotales, emporte-t-elle pour la femme le droit de céder ses reprises et son hypothèque légale à un créancier du mari ou à son propre créancier?*

La Cour de cassation, dans les arrêts des 4 juin et 2 juillet 1866, nous l'avons annoncé par avance, se prononce for-

[1] Je me place, avec les arrêts de la Cour de cassation, dans l'hypothèse où la faculté d'aliéner n'est pas soumise à la condition d'emploi ou de

Digitized by Google

mellement dans le sens de la négative. Les arguments qui la conduisent à cette solution, et qui ont entraîné déjà beaucoup de ses décisions dans des questions analogues, sont les suivants. Le régime dotal a pour principe et pour base l'inaliénabilité des biens constitués en dot, et des droits qui ont pour objet d'en assurer la conservation : les exceptions et modifications introduites dans le contrat doivent être restreintes aux cas déterminés, et renfermées par le juge dans la mesure exprimée audit contrat; en dehors d'elles le principe du régime dotal et de l'inaliénabilité de la dot reprend toute sa force et son autorité. Or, en se réservant le droit d'aliéner ses biens dotaux ou de disposer de ses droits mobiliers et créances, la femme ne s'est pas réservé de la même manière la faculté de céder à un tiers les reprises qu'elle pourrait avoir à exercer contre son mari, et l'hypothèque légale qui en assure le recouvrement. Ces derniers actes ne sont pas compris dans les premiers : ils sont, en effet, plus dangereux; s'ils aboutissent à

remploi. Si le contrat de mariage n'autorise l'aliénation que sous cette restriction, on doit, ce me semble, refuser à la femme le droit de céder ses reprises et son hypothèque légale. La prohibition d'aliéner n'est levée alors que sous une condition, l'obligation pour le mari de placer ou de replacer en acquisitions immobilières l'argent provenant des créances dotales ou des aliénations d'immeubles. Si le mari satisfait à cette obligation, la femme n'a plus de créance qu'elle puisse céder : s'il n'y satisfait pas, d'après une doctrine et une jurisprudence constantes, la femme peut forcer le débiteur à payer une seconde fois, ou revendiquer son immeuble contre le tiers acquéreur : ce qui enlève toute utilité à la cession qu'elle aurait pu consentir. C'est en vain qu'on objecterait que, dans cette seconde hypothèse, la femme peut, d'après une doctrine généralement admise (V. Aubry et Rau, IV, § 537, note 15), au lieu d'invoquer la nullité du payement ou de l'aliénation, se contenter de son action en recours contre son mari; or, dirait-on, en cédant ses reprises dotales, elle a, par là même, cédé cette action, et s'est enlevé le droit de prendre, au préjudice du créancier cessionnaire, l'autre voie qui lui était ouverte, c'est-à-dire de demander un second payement ou de revendiquer son immeuble. D'abord il est difficile d'admettre que la femme puisse, avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens, renoncer explicitement ou implicitement aux divers moyens que la loi lui accorde pour garantir la restitution de sa dot, et opter pour l'un de ces moyens. Mais, même en lui concédant ce droit, ce que je ne crois pas possible, on arriverait encore au même résultat : le cessionnaire ne pourrait lui-même invoquer la cession qu'en accomplissant la condition mise à la validité de l'aliénation, c'est-à-dire en remboursant à la femme le montant de ses reprises, obligation qui enlèverait toute utilité à la cession à lui consentie.

Digitized by Google

une aliénation totale ou partielle de la dot, c'est par une voie indirecte, d'autant plus redoutable que le péril est moins immédiat. Enfin cette extension donnée à la clause du contrat de mariage aurait pour résultat d'enlever à la femme les garanties mêmes qui devaient servir de correctif à la liberté de disposition qu'elle avait stipulée, et de supprimer complétement le caractère et les effets du régime dotal : elle ne répondrait ni au but que les contractants se sont proposé, ni à l'intention qu'ils ont manifestée en adoptant ce régime. C'est dans la conservation et l'inaliénabilité des reprises et du droit hypothécaire que doit se résumer et rester préservé le principe d'inaliénabilité de la dot [1].

Ces considérations, extraites presque textuellement des arrêts précités, ne nous semblent pas concluantes. Nous croyons que la Cour de Caen, dont les décisions ont été cassées, était dans le vrai, lorsqu'elle jugeait que la faculté laissée à la femme, soit « *d'échanger, aliéner et hypothéquer ses biens dotaux sans remploi,* » soit « *pour ses capitaux, rentes, créances et autres valeurs mobilières, de les recevoir, céder, transporter et vendre sans être tenue de faire emploi,* » emportait, pour cette femme, le droit de céder ses reprises dotales et de consentir une subrogation dans son hypothèque légale.

J'admets, avec la Cour de cassation, que toute dérogation aux principes généraux du régime adopté par les parties, et destiné à former le droit commun de leur union, doit être expressément renfermée dans ses termes; mais encore faut-il entendre raisonnablement cette règle d'interprétation, et ne pas lui faire produire des conséquences en désaccord manifeste avec les expressions employées par les parties. Or dans les deux espèces qui lui étaient soumises, la Cour était en présence de clauses conçues dans la forme la plus extensive possible; dans la première elles ne s'étaient pas bornées à autoriser l'aliénation des immeubles; elles avaient fait insérer l'expression beaucoup plus compréhensive : *biens dotaux.* C'est arbitrairement que la Cour a restreint cette formule si large. Et cependant, lorsqu'il s'est agi de déclarer la femme

[1] V. en ce sens : Riom, 22 décembre 1846 : Sir., 47, 2, 195. — Rennes, 19 décembre 1855, arrêt maintenu en cassation le 16 décembre 1856; Sir., 57, 1, 582. — Cpr. Civ. Cassat., rejet 17 décembre 1866; *Gaz. des tribun.*, 19 décembre.

Digitized by Google

incapable d'aliéner sa dot mobilière, la Cour de cassation a bien su trouver dans le chapitre du Régime dotal des articles 1555 et 1556 qui renferment, eux aussi, l'expression *biens dotaux*, et tirer de ces articles un argument puissant en faveur de la théorie nouvelle qu'elle dégageait des controverses de l'ancienne jurisprudence [1]. Pourquoi donner à des expressions identiques une portée plus ou moins large, suivant qu'elles sont employées par le législateur ou par les parties, suivant qu'elles doivent servir à appuyer la thèse de l'inaliénabilité de la dot mobilière, ou à exprimer l'intention des parties de déroger à cette inaliénabilité?

Ces deux articles 1555 et 1556 fournissent, d'ailleurs, un autre argument à l'appui de notre opinion. Il est reconnu, et il a été jugé par la Cour de cassation elle-même, que la faculté accordée à la femme, par ces deux articles, de donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants communs ou d'un premier lit, comprend virtuellement celle de les hypothéquer ou de renoncer à l'hypothèque légale, à l'effet de se procurer les sommes nécessaires à cet établissement [2]. Y a-t-il une raison plausible de différence entre ces deux situations? Les articles 1555 et 1556 ne renferment-ils pas aussi une dérogation au droit commun de la dotalité? Pourquoi cette dérogation, créée par la loi, serait-elle plus favorable, et devrait-elle être plus largement interprétée que la dérogation introduite dans le contrat par les parties?

Dans la seconde espèce, celle de l'arrêt du 2 juillet, il est permis, sans exagération, de résumer et de traduire la pensée de la femme en ce sens qu'elle s'était réservé le droit de faire de ses valeurs mobilières ce que bon lui semblerait. Or l'article 529 du Code Napoléon range parmi les meubles les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles : la créance en reprises était une de ces valeurs mobilières que la femme se réservait le droit d'aliéner avec l'hypothèque légale qui en était l'accessoire et la garantie.

Il y a plus, et cette observation est commune aux deux espèces, on n'aperçoit pas nettement quelle peut être l'utilité

[1] V. notamment Cassat., civ. rejet 1er février 1819; Sir., Coll. nouv., 6, 1, 16.

[2] Requêtes 1er avril 1845; Sir., 45, 1, 256. — Troplong, *Contr. de mar.*, IV, n° 3352. — Aubry et Rau, IV, § 537, note 91.

Digitized by Google

de cette dérogation apportée à l'inaliénabilité de la dot mobilière, si on ne l'interprète pas en ce sens que la femme y puise le droit de céder son action en reprises et son hypothèque légale. D'après une jurisprudence aujourd'hui constante, le mari a le droit de disposer seul de la dot mobilière; il peut notamment céder les créances dotales, et même renoncer purement et simplement à la priorité hypothécaire attachée à ces créances[1]. Comment concevoir que la femme se réserve le droit de disposer de valeurs que le mari peut aliéner seul et sans son assentiment? Peut-être, pour donner une portée à la clause, dira-t-on que la femme l'a insérée à l'effet d'écarter les doutes qui pourraient encore s'élever sur l'étendue des pouvoirs du mari, ou dans l'intention de se réserver le droit d'aliénation après la séparation de biens? Cette portée donnée à la clause d'aliénabilité est, on en conviendra, assez peu naturelle, d'autant plus que la séparation de biens n'apporte aucun changement dans la condition de la dot; si la femme était, auparavant, dans l'impuissance légale d'en disposer, elle doit, nonobstant toute clause contraire, rester, après, frappée de la même incapacité. Le seul moyen de donner à la clause une signification vraiment utile, est donc de l'entendre comme l'avait fait la Cour de Caen, c'est-à-dire de permettre à la femme de céder son action en reprises et son hypothèque légale.

La Cour de cassation se refuse à consacrer cette interprétation, parce que, selon elle, la faculté que s'était réservée la femme, ne contenait pas celle de consentir une cession et une subrogation, qui sont des actes juridiques distincts de l'aliénation et beaucoup plus dangereux. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans l'examen de la nature de la subrogation à l'hypothèque[2]. Mais quel que soit le caractère qu'on lui attribue, elle doit rentrer nécessairement dans les actes permis à la femme par le contrat de mariage. Veut-on envisager la convention intervenue entre la femme et le créancier comme une vente, dont le prix serait l'argent fourni par ce dernier à la femme ou au mari? la femme s'était réservé le droit de vendre

[1] Requêtes 1er août 1866; Sir., 66, 1, 363.

[2] V. sur ce sujet le remarquable travail de notre collègue, M. Beudant, publié dans cette *Revue*, tome XXVIII, p. 30 et 210.

Digitized by Google

tous ses biens dotaux sans distinction; elle a donc pu vendre son action en reprises et l'hypothèque légale qui y était attachée, aussi valablement qu'elle aurait pu vendre tout autre de ses biens dotaux pour procurer au mari ou se procurer à elle-même l'argent dont le besoin se faisait sentir. Veut-on voir dans l'opération une dation en payement conditionnelle, consentie par la femme pour le cas où le créancier ne serait pas remboursé? la dation en payement présente une grande analogie avec la vente; le législateur lui-même confond parfois les deux opérations (C. Nap., art. 1595) : la femme pourrait céder au créancier, depuis l'exigibilité de sa créance ou même auparavant, tout autre de ses biens dotaux; pourquoi ne lui serait-il pas permis, pour se libérer par anticipation, de donner en payement sa créance en reprises? Veut-on enfin qualifier la cession de transport en nantissement? la femme n'avait-elle pas, surtout dans la première espèce, assez nettement manifesté son intention, quand elle se réservait le droit d'hypothéquer ses biens dotaux? A ses yeux il n'y avait donc pas de différence à établir entre l'aliénation et l'hypothèque, entre le dessaisissement immédiat et la menace du dessaisissement; parmi les actes qu'elle se réservait de faire, elle n'en voyait donc pas de plus ou de moins dangereux; ce qu'elle voulait, c'était conserver ou acquérir sur sa dot les plus larges et les plus divers.

La Cour suprême aperçoit un autre danger pour la femme à interpréter aussi largement la clause qui lui permet d'aliéner et d'hypothéquer ses biens dotaux : cette interprétation aurait, dit-elle, pour résultat d'enlever à cette femme la seule garantie qui lui reste pour servir de contre-poids à la liberté de disposition qu'elle a stipulée, et elle supprimerait complétement le caractère et les effets du régime dotal. Cette considération ne renferme, ce nous semble, qu'une pétition de principes. Il n'est pas douteux dans l'état actuel de la jurisprudence, que la femme ne puisse, même sous le régime dotal, se réserver sur sa dot mobilière et immobilière, tous les pouvoirs qu'aurait sur ses propres une femme mariée en communauté, notamment le droit de disposer de son action en reprises et de son hypothèque légale. Or la question soumise à la Cour n'était-elle pas celle de savoir si la femme avait entendu assimiler sa position, quant à sa capacité ou à la disponibilité de

Digitized by Google

sa dot, à celle d'une femme non dotale? Il n'y avait donc pas d'argument à tirer, contre l'interprétation extensive, de ce qu'elle devait laisser cette femme privée de toute protection, puisqu'on se demandait précisément si les expressions employées indiquaient l'intention de supprimer complétement la dotalité.

Sans doute, et nous le considérons sans peine, la clause interprétée comme nous le proposons, va singulièrement amoindrir le caractère et les effets du régime dotal : autant eût valu, dira-t-on, que les époux eussent adopté le régime sans communauté. Cette objection ne nous touche pas : d'abord, malgré l'aliénabilité absolue, on peut encore signaler des différences assez nombreuses entre les deux régimes : et puis, ces différences ne fussent-elles que secondaires, on s'expliquerait encore l'adoption du régime dotal ainsi dénaturé. Qui ne connaît l'empire des traditions, l'influence de précédents? Il est encore des pays, où le régime dotal est le régime de droit commun des contrats de mariage : seulement on a senti les inconvénients et les dangers de l'inaliénabilité, et on les a écartés en usant plus ou moins largement de la faculté laissée par l'article 1557 [1].

Les considérations présentées dans l'intérêt de la femme, ne peuvent donc en rien infirmer la doctrine contraire que nous proposons. Loin de là, le système de la Cour de cassation nous paraît aller directement à l'encontre de l'intérêt de la femme. Le contrat de mariage autorisait l'aliénation et l'hypothèque des biens dotaux : le créancier du mari ou de la femme sait qu'il ne peut plus désormais compter sur la subrogation que la femme lui consentirait; il va exiger une hypothèque sur les immeubles dotaux, ou si ces immeubles ne lui offrent pas une suffisante garantie, il refusera de prêter, et les époux seront forcés de les vendre, peut-être à des conditions très-désavantageuses. Si la femme, pour procurer du crédit à son

[1] La fréquence de ces clauses nous semble, pour le dire en passant, un heureux symptôme : il est peut-être préférable que le régime dotal s'en aille ainsi de vétusté, condamné par l'expérience et ses désastreux résultats, plutôt que de le voir rayé de nos Codes par une loi; les institutions que le temps n'a pas jugées parviennent presque toujours, quoi que fasse le législateur, à se maintenir en pratique; quelquefois même la proscription dont elles sont frappées retarde pendant longtemps leur chute définitive.

Digitized by Google

mari, était disposée à céder sa créance en reprises, elle n'hésitera pas davantage à sacrifier ses immeubles, qu'il serait cependant, dans la plupart des cas, plus utile de conserver que la dot mobilière.

A un autre point de vue encore, la subrogation servirait peut-être mieux les intérêts de la femme que l'aliénation ou l'hypothèque. D'après une opinion qui tend à prévaloir en jurisprudence, la subrogation laisse le subrogé exposé aux chances d'extinction de la créance de la femme avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens [1] : elle ne lui confère qu'un droit éventuel et subordonné au résultat de la liquidation. La femme, si la subrogation lui eût été permise, conservait la chance de la voir s'évanouir et de se rembourser de ses reprises, par voie de compensation par exemple, chance que ne lui réservent ni l'aliénation ni l'hypothèque [2].

C'est désormais le cas de dire, avec M. Troplong (*loc. cit.*, n° 3394), sur une question analogue : « La jurisprudence régulatrice est faite pour le moment... C'est aux parties, c'est aux notaires à rédiger les contrats de mariage dans le sens de la liberté que les futurs entendent se procurer. Il sera possible, par les conventions, de corriger les vices d'une jurisprudence qui affecte de ne pas comprendre le vrai sens des mots, et qui exige des synonymes, des rédondances, des clauses surabondantes et inutiles. »

C. GÉRARDIN.

[1] Requêtes 30 avril 1849; Sir., 49, 1, 465. — *Id.* 25 janvier 1853; Sir., 53, 1, 423. — Paris, 3 février 1855; Sir., 55, 2, 307. — *Contrà* Toulouse, 22 février 1859; Sir., 61, 1, 881.

[2] V. dans le sens de notre opinion : Troplong, *Contr. de mar.*, IV, n° 3397. — Bertauld, *Subrogation*, n° 39. — Pont, *Privil. et hypoth.*, n° 453. — Aubry et Rau, IV, § 537 *bis*, note 12. — Bordeaux, 16 août 1853; Sir., 54, 2, 263.

Digitized by Google

DE LA DIFFAMATION

CONTENUE DANS LES DÉLIBÉRATIONS D'UN CONSEIL MUNICIPAL; QUESTION DE COMPÉTENCE.

Par M. Reverchon, avocat à la Cour impériale de Paris, ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien maître des requêtes au Conseil d'État[1].

I. Par un arrêt du 25 mai 1866 (Voir *le Droit* du 3 juin suivant), conforme à la jurisprudence constante de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, la Cour impériale de Bourges a décidé qu'il appartient à la juridiction correctionnelle de connaître de l'action en diffamation intentée par un particulier contre les membres ou contre quelques-uns des membres d'un conseil municipal, à raison d'imputations dirigées contre ce particulier dans une délibération à laquelle ils ont concouru; elle a, en conséquence, réformé un jugement rendu en sens contraire par le tribunal correctionnel de Saint-Amand.

M. le préfet du Cher a pris alors un arrêté de conflit, sur lequel est intervenu, le 17 août 1866, au rapport de M. le conseiller d'État Pascalis, et contrairement à la plaidoirie de Me Michaux-Bellaire, ainsi qu'aux conclusions très-fortement motivées de M. Aucoc, maître des requêtes, commissaire du gouvernement, un arrêt du Conseil d'État, ainsi conçu :

« Napoléon, etc.,

« Vu les lois des 14-22 décembre 1789, articles 60 et 61; « des 16-24 août 1790, article 13, du 16 fructidor an III, du « 18 juillet 1837 et du 5 mai 1855;

« Vu les ordonnances royales des 1er juin 1828 et 12 mars « 1831, et le décret du 25 janvier 1852;

« Considérant que le sieur Daguin, maire de la commune « de Cours-les-Barres, et les sieurs Cottard, Daguin-Sers, « Gentil, Guette, Davin, Blanchet, Perrin, conseillers municipaux de la même commune, sont poursuivis devant notre « Cour de Bourges, à la requête du sieur Benoist-d'Azy, comme « ayant signé une délibération prise, le 29 octobre 1865, par « le conseil municipal, et qui contiendrait une imputation « qualifiée diffamatoire par le plaignant;

« Considérant qu'aux termes de l'ordonnance susvisée du

[1] Ce travail est un remaniement de deux articles qui ont paru dans *le Droit*.

Digitized by Google

« 1er juin 1828, il y a lieu d'élever le conflit en matière correc-
« tionnelle, toutes les fois que la répression du fait poursuivi
« comme délit est attribuée à l'autorité administrative par une
« disposition législative ;

« Considérant que, d'après l'article 60 de la loi pareillement
« visée des 14-22 décembre 1789, tout citoyen qui croit être
« personnellement lésé par un acte quelconque du corps mu-
« nicipal, ne peut qu'exposer ses sujets de plainte à l'autorité
« administrative supérieure, laquelle y fait droit, s'il y a lieu,
« après vérification des faits ;

« Considérant d'ailleurs que la revendication faite par l'ar-
« rêté de conflit est conforme au principe de la séparation du
« pouvoir administratif et du pouvoir judiciaire, consacré par
« toute la législation.

« Art. 1er. L'arrêté de conflit..... est confirmé, etc. »

Certes, je suis de ceux qui professent, en connaissance de cause, le respect le plus sincère pour la jurisprudence habituelle du Conseil d'État ; je ne fais de réserves à cet égard que relativement à quelques rares affaires, entachées de politique. Mais, si tel est le sentiment que m'inspire cette jurisprudence, c'est que, fort heureusement, elle compte peu d'arrêts semblables à celui qu'on vient de lire. A mes yeux, il est évident qu'ici ce corps éminent, cédant plus ou moins instinctivement à une tendance trop commune en France, n'a pas interprété la loi, mais l'a refaite, et je ne crains guère qu'une chose en essayant de le démontrer, c'est de prêcher des convertis.

II. Aux termes des articles 1 et 2 de l'ordonnance réglementaire du 1er juin 1828, le conflit ne peut jamais être élevé en matière criminelle, et il ne peut être élevé en matière de police correctionnelle que dans les deux cas suivants : 1° lorsque *la répression du délit* est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative ; 2° lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépend d'une question préjudicielle dont la connaissance appartient à l'autorité administrative.

Ainsi, dans les matières criminelles et correctionnelles, il ne suffit pas, pour dessaisir l'autorité judiciaire, d'invoquer la théorie générale de la séparation des pouvoirs, le principe de l'indépendance de l'autorité administrative, les dispositions fondamentales de l'article 13, titre 2, de la loi des 16-24 août 1790 et de la loi du 16 fructidor an III. Ces règles et ces textes

Digitized by Google

pourraient servir et servent souvent de base unique à la confirmation des conflits élevés dans les matières civiles, c'est-à-dire sur des actions portées à fins purement civiles devant les tribunaux. Dans les matières criminelles, au contraire, ils ne peuvent jamais autoriser le conflit, et ils ne le peuvent, en matière de police correctionnelle, que dans les limites et sous les conditions ci-dessus rappelées.

Il suit de là que, si la partie qui a souffert d'un crime ou d'un délit se borne à en poursuivre la réparation pécuniaire par la voie d'une action civile en dommages-intérêts, le conflit peut être élevé sur cette action ou sur la question préjudicielle administrative qui s'y rattacherait, en supposant d'ailleurs que la connaissance de l'une ou de l'autre puisse être revendiquée par l'autorité administrative en vertu de lois spéciales ou en vertu du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Au contraire, si ce même fait est poursuivi à fins criminelles ou correctionnelles par le ministère public, ou s'il est poursuivi à fins correctionnelles par la partie usant du droit de citation directe, il ne peut, sous aucun prétexte, être enlevé à la juridiction criminelle par la voie du conflit, et il ne peut être enlevé par cette voie à la juridiction correctionnelle que dans les termes de l'article 2 de l'ordonnance de 1828.

Ces observations préliminaires ne sont pas susceptibles d'être contestées; car elles ne sont que le développement et l'application des articles 1 et 2 de l'ordonnance précitée, dont les dispositions reposent sur des motifs de l'ordre le plus élevé. Pourquoi, en effet, le conflit n'est-il plus admis en matière criminelle? Pourquoi n'est-il plus admis en matière correctionnelle avec la même latitude qu'en matière civile? Ce n'est pas que l'intérêt administratif ne puisse être et ne soit quelquefois engagé devant les juridictions criminelles ou correctionnelles; ce n'est pas que des questions administratives ne puissent y surgir en dehors même des limites fixées par l'article 2 de l'ordonnance de 1828. Mais, d'une part, cette éventualité est rare; d'autre part, on a voulu supprimer absolument ou soumettre à d'étroites conditions l'immixtion de l'administration dans des affaires qui intéressent avant tout l'honneur ou la liberté des citoyens, et sur lesquelles il importe de laisser à l'autorité judiciaire la plénitude de son action, même au risque de quelques inconvénients accidentels et secondaires; on a

Digitized by Google

compté, pour remédier à ces inconvénients possibles, sur la sagesse des tribunaux, qui sauraient, au besoin, respecter et ménager sans conflit les prérogatives de l'administration. Tel est le commentaire qu'a donné de cette partie de l'ordonnance précitée M. Taillandier, secrétaire de la commission qui a préparé cette ordonnance et aujourd'hui conseiller à la Cour de cassation; telle est l'explication qu'ont reproduite après lui tous les auteurs.

Si donc, dans l'espèce, le plaignant, au lieu de poursuivre en police correctionnelle le délit de diffamation qu'il prétendait avoir été commis contre lui dans une délibération d'un conseil municipal, avait intenté devant le tribunal civil une action en dommages-intérêts à raison du préjudice que lui auraient causé les énonciations, diffamatoires ou non, de cette délibération, l'administration aurait été certainement *recevable* (sauf à examiner si elle eût été *fondée*) à proposer le déclinatoire et, au besoin, à élever le conflit pour revendiquer la connaissance de cette action, même en n'invoquant que le principe général de la séparation des pouvoirs.

Mais, du moment qu'il s'agissait d'une action correctionnelle, du moment que le conflit était élevé *en matière de police correctionnelle*, il fallait que ce conflit s'appuyât, ou sur la nécessité de faire résoudre préalablement par l'autorité administrative une question préjudicielle dont la connaissance aurait appartenu à cette autorité, ou sur une loi qui aurait attribué à la juridiction administrative la *répression du délit* poursuivi. Et il importe essentiellement de ne pas changer et dénaturer à cet égard le texte de l'ordonnance : elle n'a pas permis alors d'élever le conflit dans le cas où la *réparation civile des faits* serait attribuée à l'autorité administrative; elle ne l'a permis que dans le cas où la *répression du délit* lui serait attribuée, c'est-à-dire dans le cas où, par exception, le législateur aurait chargé l'administration, non pas seulement de procurer aux parties lésées la satisfaction pécuniaire ou civile à laquelle le fait d'un agent ou d'un corps administratif pourrait leur donner droit, mais de frapper de peines proprement dites un délit qualifié tel par les lois.

Or, de ces deux hypothèses, la première ne se présentait pas dans l'espèce; personne ne l'a soutenu, et ce n'est pas sur le deuxième paragraphe de l'article 2 de l'ordonnance de 1828

Digitized by Google

que le Conseil d'État a fondé sa décision, c'est uniquement sur le premier paragraphe; en d'autres termes, il a paru penser qu'il existe *une disposition législative* qui attribue à l'autorité administrative *la répression du délit* poursuivi.

Notre législation renferme, en effet, des dispositions qui, dans certains cas, confèrent à la juridiction administrative la répression de quelques délits : elles ne s'y rencontrent qu'à l'état d'exception, mais enfin elles s'y rencontrent, et, sans en faire l'énumération, il suffit de citer l'exemple des infractions aux lois sur la grande voirie. Ces infractions constituent si bien des délits que la connaissance, à ce titre, en avait d'abord été soumise, par l'article 6 de la loi des 7-11 septembre 1790, aux juges de district, remplacés plus tard en ce point par les conseils de préfecture (lois des 28 pluviôse an VIII et 29 floréal an X). Elles constituent si bien des délits et sont si bien réprimées à ce titre par les conseils de préfecture, qu'elles sont couvertes, non par l'une des prescriptions du Code Napoléon, mais par l'une des prescriptions du Code d'instruction criminelle; elles constituent si bien des délits et sont si bien réprimées à ce titre par les conseils de préfecture, que non-seulement elles donnent lieu à des réparations pécuniaires, mais qu'en outre elles sont punies d'une amende, c'est-à-dire d'une peine proprement dite (art. 9 du Code pénal), et que, si l'inculpé vient à décéder avant le jugement, l'action pénale est éteinte, comme elle l'est aussi par une amnistie. On peut, pour achever de s'édifier sur la nature pénale de la juridiction administrative en cette matière, consulter les développements que donne à ce sujet M. Dalloz dans sa *Jurisprudence générale*, v° *Voirie par terre*, n°s 259 et suivants.

Cette législation et celle qui s'applique aux cas analogues, notamment aux servitudes militaires, peuvent d'autant mieux s'expliquer, que d'abord les infractions aux lois dont il s'agit ne blessent pas l'intérêt privé, mais l'intérêt public seulement, et que, de plus, la répression en est confiée aux conseils de préfecture, c'est-à-dire à de véritables juridictions. On peut affirmer sans hésitation qu'à aucune époque l'idée ne serait venue au législateur de soumettre ces infractions à l'appréciation purement discrétionnaire de l'administration proprement dite.

Eh bien! en présence des dispositions générales de nos

Digitized by Google

lois, qui prévoient et punissent les délits de diffamation et d'injure, où est le texte législatif qui défère exceptionnellement, non pas même à une juridiction administrative, mais à l'autorité administrative du préfet, la répression de ces délits, quand ils sont imputés aux membres d'un conseil municipal et qu'ils résulteraient d'une délibération de ce conseil? J'ai assisté jadis à la découverte de ce texte[1]; j'ai vu combien l'enfantement de cette découverte a été laborieux, et je ne veux ni ne dois en révéler ici les détails. Je me contente de constater que l'on a cru le trouver dans l'article 60 de la loi des 14-22 décembre 1789 sur la constitution des municipalités, aux termes duquel, s'il faut en croire l'arrêt ci-dessus rapporté, tout citoyen qui se croit personnellement lésé par un acte quelconque du corps municipal *ne peut qu'exposer ses sujets de plainte à l'autorité administrative* supérieure, laquelle y fait droit, s'il y a lieu.

Mais la traduction est véritablement si libre qu'elle n'est pas une traduction. L'article 60 est ainsi conçu : « Si un citoyen « croit être personnellement lésé par quelque acte du corps « municipal, il pourra exposer ses sujets de plainte à l'admi- « ministration ou au directoire du département, qui y fera « droit, sur l'avis de l'administration du district, qui sera « chargée de vérifier les faits. »

Dire que le citoyen lésé par un acte du corps municipal *peut* exposer ses sujets de plainte à l'administration supérieure, ce n'est assurément pas dire qu'il *ne peut* faire *que* cela : ni le langage usuel ni le langage légal ne se prêtent à une telle supposition.

Abstraction faite de cette première et déjà décisive observation, le sens naturel et vrai de l'article 60 se dégage parfaitement de ses termes, même isolément considérés. En constituant l'administration municipale[2], le législateur de 1789 a

[1] J'étais alors auditeur au Conseil d'État, et attaché à la section de législation, qui était chargée de l'instruction des conflits. Ma conviction sur la question actuelle remonte à cette époque et s'est fortifiée des moyens mêmes qui ont servi à faire prévaloir l'opinion contraire.

[2] Il n'est pas inutile de remarquer en passant, et sans en tirer, quant à présent, aucune conséquence, que, d'après les lois de 1789, les administrations municipales étaient exclusivement électives, et qu'il en était de même de l'administration supérieure du département, devant laquelle devait être porté le recours établi par l'article 60 de cette loi.

Digitized by Google

compris que les corps chargés de cette administration pouvaient commettre des méprises ou des abus dans l'exercice de leurs fonctions ; il a compris la nécessité de les soumettre au contrôle de l'administration supérieure et d'offrir aux parties intéressées le moyen de faire réformer les actes de l'autorité locale qui pourraient leur être préjudiciables. Tel est l'objet unique de l'article 60 ; il organise purement et simplement, dans la hiérarchie administrative, le recours auprès du supérieur contre les erreurs possibles des agents inférieurs. C'est ce qu'a fait, à son tour, le décret législatif du 25 mars 1852 : après avoir conféré aux préfets le pouvoir de statuer sur des affaires qui, jusque-là, exigeaient l'intervention des ministres ou du chef de l'État, ce décret a disposé (art. 6) que les préfets rendraient compte de leurs actes aux ministres compétents, et que ceux de ces actes qui seraient contraires aux lois ou aux règlements, ou qui donneraient lieu aux réclamations des parties intéressées, *pourraient être annulés ou réformés par les ministres compétents.* Eh bien! il s'est rencontré dernièrement un préfet qui a soutenu qu'une vente passée par une commune dûment autorisée à cet effet, *ne* pouvait être attaquée *que* devant le ministre de l'intérieur, en vertu de l'article 6 du décret de 1852, et que l'action de la partie qui contestait la validité de cette vente, même par des moyens de droit commun, ne pouvait être portée devant les tribunaux. Cette prétention n'a peut-être pas beaucoup étonné le Conseil d'État, qui en voit quelquefois de plus étranges ; seulement il aurait pu s'apercevoir qu'elle formait exactement le pendant de celle qu'il a sanctionnée lui-même à propos de l'article 60 de la loi de 1789 ; il aurait même pu remarquer qu'elle était, en réalité, moins grave, puisqu'elle se bornait à substituer la compétence administrative à la compétence judiciaire sur un litige *civil*, et qu'elle n'allait pas jusqu'à substituer la première à la seconde en matière de *délits*.

Le sens de l'article 60 ressort encore de ses termes à un autre point de vue. Toutes les fois que les lois prévoient et punissent un délit, elles s'attaquent, non au fait seulement, mais à la personne qui l'a commis ; elles statuent, non pas *in rem*, mais *in personam*, parce qu'elles supposent et exigent, non-seulement un acte, mais un agent intelligent et sciemment responsable. L'article 60, au contraire, ne s'attaque pas à la

Digitized by Google

personne, mais à l'acte; il ne s'inquiète que de l'acte, précisément parce qu'il n'a pas pour but de punir l'agent, mais simplement de supprimer l'acte ou d'en réparer les conséquences.

Mais la lumière, s'il fallait la compléter, jaillirait encore du rapprochement de l'article 60 et de l'article 61. Aux termes de ce dernier article, « tout citoyen actif pourra « signer et présenter contre les officiers municipaux la dé- « nonciation des délits d'administration dont il prétendra « qu'ils se seraient rendus coupables; mais, avant de porter « cette dénonciation devant les tribunaux, il sera tenu de la « soumettre à l'administration ou au directoire du départe- « ment qui, après avoir pris l'avis de l'administration de dis- « trict ou de son directoire, renverra la dénonciation, s'il y a « lieu, devant les juges qui doivent en connaître. » L'article 60 n'a donc pas entendu attirer à l'administration la répression des délits commis par des membres des corps municipaux dans l'exercice de leurs fonctions, puisque l'article 61 a prévu ces délits et a réservé à leur égard la compétence des tribunaux. Cet article 61 a, il est vrai, exigé l'autorisation administrative, qui a été maintenue et généralisée plus tard par l'article 75 de la constitution de l'an VIII; mais, de même que ce dernier texte, il attribue expressément aux tribunaux, après l'autorisation obtenue, la connaissance et la répression des délits imputés aux fonctionnaires ou agents poursuivis, et l'on sait que, d'après l'article 3 de l'ordonnance réglementaire du 1er juin 1828, le défaut d'autorisation, même dans les cas où ce préalable est prescrit, ne peut donner lieu à conflit. Cette combinaison des articles 60 et 61 de la loi de 1789 est péremptoire; aussi avait-elle principalement servi de base aux conclusions données, dans le sens de l'annulation du conflit, par le savant maître des requêtes (M. Boulatignier), aujourd'hui conseiller d'État, qui a porté la parole comme organe du ministère public lors des premières affaires de ce genre sur lesquelles le Conseil d'État a été appelé à statuer. (Recueil des arrêts du Conseil d'État, année 1842, pages 41 et 499.) Il suit de là, dans l'espèce actuelle : 1° que le maire compris dans la plainte pouvait exciper de la garantie constitutionnelle, et que le tribunal correctionnel pouvait et devait, en ce qui le concernait, surseoir à statuer jusqu'à ce que le plaignant rapportât l'autorisation nécessaire; 2° que le même bénéfice ne pouvait

Digitized by Google

pas être revendiqué par les conseillers municipaux, qui, d'après la jurisprudence constante du Conseil d'État, ne sont pas couverts par la garantie précitée; 3° que, ni à l'égard de l'un ni à l'égard des autres, il n'y avait lieu à conflit.

N'est-il pas manifeste, d'ailleurs, que si, par impossible, l'article 60 de la loi de 1789 attribuait aux préfets la répression des délits de diffamation imputés aux membres des conseils municipaux, les préfets devraient, dans l'exercice de cette attribution, se soumettre aux règles fondamentales de toute répression pénale, comme le font les conseils de préfecture en matière d'infractions de grande voirie? N'est-il pas manifeste qu'ils devraient, par suite, s'arrêter devant le décès des inculpés, devant la prescription, etc.? Or, il n'en est pas, et j'ajoute sur-le-champ qu'il ne peut pas et qu'il ne doit pas en être ainsi. Quel que soit le laps de temps écoulé, les auteurs de l'acte incriminé fussent-ils tous décédés, une amnistie pour les crimes et délits de toute nature fût-elle intervenue, etc., le citoyen qui croit avoir été lésé par un acte quelconque d'un agent ou d'un corps municipal, conserve la faculté d'exposer ses sujets de plainte à l'administration supérieure, et celle-ci conserve la faculté *d'y faire droit* par les moyens dont elle dispose, en prononçant, s'il y a lieu, l'annulation ou la réformation de l'acte. Donc elle ne punit pas un délit : car, dans tous ces cas, il lui serait légalement impossible de le punir.

Pour réprimer un délit, la première condition est de le constater à la charge d'une personne déterminée. Pour réprimer un vol, une escroquerie, un abus de confiance, le tribunal saisi doit nécessairement déclarer que l'individu inculpé a commis un vol, une escroquerie, un abus de confiance, dans les conditions spécifiées par la loi pénale. Pour réprimer une contravention de grande voirie, le conseil de préfecture saisi doit nécessairement déclarer que l'individu poursuivi a commis telle contravention, définie et punie par telle loi ou par tel règlement ayant force de loi. Pour réprimer un délit de diffamation, le préfet devrait donc déclarer que tels et tels membres d'un conseil municipal, en prenant telle délibération, en prononçant telles paroles dans le cours de la discussion, ont commis le délit dont il s'agit. Mais, s'il se permettait une pareille énormité, s'il usurpait à ce point sur les pouvoirs de l'autorité judiciaire, seule investie de la redoutable mission de flétrir

Digitized by Google

l'honneur des citoyens, de leur infliger les qualifications établies par la loi pénale[1], les conseillers municipaux ainsi frappés seraient fondés à déférer un tel arrêté au Conseil d'État pour cause d'excès de pouvoir, et le succès de leur recours serait d'autant plus certain que l'excès de pouvoir s'aggraverait ici du tort d'être pleinement gratuit : car, pour user du seul pouvoir qu'elle tient de l'article 60 de la loi de 1789, pour faire droit, par les voies administratives, à la réclamation du citoyen qui se prétend lésé par un acte d'un corps municipal, l'administration n'a pas plus le besoin qu'elle n'a le droit d'imprimer à cet acte le caractère de crime ou de délit; il lui suffit de vérifier s'il *lèse* la partie qui s'en plaint.

Cette dernière observation fait sentir que ce ne sont pas seulement les particuliers, ce sont aussi les membres des conseils municipaux, qui ont intérêt à ce que le préfet ne soit pas chargé de réprimer les délits dont ils peuvent être inculpés. Que le préfet puisse et souvent doive prendre des mesures administratives à l'égard des administrations qui lui sont subordonnées, et qu'alors le recours possible contre ces mesures se renferme et s'épuise dans la sphère administrative, rien de plus facile à comprendre; mais si la question se complique d'un délit, il importe, au point de vue des inculpés comme au point de vue des plaignants, que le pouvoir judiciaire demeure juge et juge exclusif de ce délit.

Enfin, si l'article 60 de la loi de 1789 était une de ces dispositions législatives qu'exige l'article 2, n° 1, de l'ordonnance du 1er juin 1828, c'est-à-dire s'il avait substitué l'autorité administrative à l'autorité judiciaire pour la *répression du délit* de diffamation imputé aux membres d'un corps municipal, il faudrait que l'autorité administrative appliquât les peines portées par la loi du 17 mai 1819 contre ce délit, puisque la loi de 1789 n'en a pas établi d'autres; il faudrait qu'elle pro-

[1] Ce procédé a été cependant sanctionné par un arrêt du Conseil d'État, du 11 août 1866, à propos des avertissements donnés aux journaux en vertu du décret législatif du 17 février 1852. Mais c'est le cas de rappeler cet adage des jurisconsultes romains : *quod contra juris rationem introductum est, non est producendum ad consequentias;* il ne faut pas étendre à d'autres matières l'interprétation donnée à un décret, qui, d'après les déclarations du ministre de l'intérieur en fonctions lors de sa promulgation, M. de Persigny, avait conféré à l'administration un pouvoir *exceptionnel, discrétionnaire et dictatorial.* (Circulaire de ce ministre, du 7 décembre 1860.)

Digitized by Google

nonçât l'amende établie par l'article 18 de la loi précitée de 1819, et il faudrait même lui reconnaître la faculté d'y ajouter l'emprisonnement prévu par le même texte, ou bien, si telle n'était pas la règle de son pouvoir pénal, il ne serait soumis à aucune règle, et alors elle pourrait infliger aux inculpés telle peine que bon lui semblerait. Et ce n'est pas tout. A côté de l'action publique, tout délit peut donner lieu à l'action civile de la partie qui en a souffert; il faudrait donc, ou attribuer au préfet le droit de condamner les conseillers municipaux inculpés à tels dommages-intérêts qu'il apprécierait, ou supprimer l'action civile et obliger la partie lésée à se contenter de la satisfaction platonique que l'administration lui accorderait (ou ne lui accorderait pas), ou renvoyer aux tribunaux la connaissance de ces dommages-intérêts, en déniant seulement leur compétence quant à l'application de la peine. De ces trois propositions, entre lesquelles on serait bien forcé d'opter, il n'en est aucune qui ne soit également inacceptable. La troisième ne l'est pas moins que les autres, puisque, d'une part, elle ouvrirait à l'autorité judiciaire cette porte que l'on veut à tout prix fermer, et que, d'autre part, il serait plus énorme encore d'enlever à cette autorité la répression pénale en lui laissant la répression civile, que de lui enlever la répression civile en lui laissant la répression pénale.

Que le Conseil d'État reculât, le cas échéant, devant ces conséquences de sa doctrine, je n'en fais pas le moindre doute; mais elles demeurent logiquement incontestables, et elles achèvent de faire juger la doctrine elle-même.

III. Du reste, encore une fois, je prêche ici dés convertis. Les membres du Conseil d'État savent parfaitement à quoi s'en tenir sur le mérite de l'argument puisé dans l'article 60 de la loi de 1789; je n'émettrai pas une simple conjecture, j'énoncerai un fait en ajoutant que, s'ils ont invoqué cet article, ils ont uniquement voulu se mettre en règle avec les gênantes exigences de l'article 2, n° 1, de l'ordonnance du 1er juin 1828, et qu'au fond le vrai motif, le seul motif de leur jurisprudence est celui que leurs arrêts expriment ainsi : « Considérant « d'ailleurs que la revendication faite par l'arrêté de conflit est « conforme au principe de la séparation du pouvoir adminis- « tratif et du pouvoir judiciaire, consacré par toute la légis- « lation. »

Digitized by Google

Eh bien! ce motif a d'abord ce tort capital que, fût-il exact, il serait ici sans valeur. Le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire peut incontestablement servir de base au conflit dans les matières civiles, dans les litiges qui n'engagent que des intérêts pécuniaires; il ne le peut jamais en matière criminelle, et il ne le peut, en matière correctionnelle, que dans les limites fixées par l'ordonnance de 1828. De deux choses l'une: ou l'on se trouve dans les termes de l'ordonnance précitée, et alors il est parfaitement surabondant de faire appel à ce principe; ou l'on se trouve en dehors des termes de cette ordonnance, et alors on se trouve, par là même, dans un cas d'exception à ce même principe.

Au surplus, même dans les matières civiles, ce motif ne suffit pas toujours à la validité des conflits. Le 14 décembre 1862 (Recueil des arrêts du Conseil d'État, 1862, p. 774), le Conseil d'État a décidé, en annulant un conflit élevé par le préfet du Gard, que l'autorité judiciaire était compétente pour statuer sur l'action intentée par un contribuable contre un percepteur en restitution d'une taxe communale, et qu'elle pouvait et devait vérifier si la taxe dont il s'agissait avait été légalement établie, sans renvoyer à l'autorité administrative l'appréciation préjudicielle de la régularité des actes en vertu desquels l'imposition avait été assise et perçue. En donnant ses conclusions dans ce sens, M. Robert, commissaire du gouvernement, a présenté l'observation suivante:

« L'autorité judiciaire, dira-t-on, va s'immiscer de la ma-
« nière la plus complète dans l'appréciation des actes admi-
« nistratifs, et, d'un autre côté, les jugements ou les arrêts
« intervenus sur l'action en répétition seront peut-être en
« contradiction flagrante avec la décision souveraine du Conseil
« d'État, statuant sur un pourvoi formé pour excès de pouvoir
« contre un arrêté du préfet, ou sur un recours formé contre
« l'arrêté du conseil de préfecture intervenu à la suite d'une
« demande en décharge. Ces objections sont fondées, sérieuses,
« graves, en ce sens que la difficulté qu'elles signalent peut
« réellement se produire. Mais cette difficulté est une consé-
« quence nécessaire, inévitable, de la grande dérogation dont
« le principe de la séparation des pouvoirs a été l'objet en
« matière d'impôts, et nous aurions mauvaise grâce à vouloir

Digitized by Google

« éluder ici l'application d'un article de loi qui, depuis 1814, « reçoit chaque année, dans la disposition finale de la loi du « budget des recettes, une consécration nouvelle. »

Or si le Conseil d'État, dans une matière purement civile, a respecté et sainement appliqué la dérogation apportée par les lois de finances au principe de la séparation des pouvoirs, à plus forte raison le même respect devrait-il être accordé aux dérogations analogues dont ce principe a été l'objet dans les matières correctionnelles; à plus forte raison est-il impossible d'y faire prévaloir la règle générale sur les exceptions qu'elle a reçues.

On peut douter, d'ailleurs, que le motif allégué soit exact; on peut croire que l'indépendance légitime de l'administration ne serait pas altérée et détruite par cela seul que la justice aurait le droit d'apprécier le caractère diffamatoire ou injurieux des imputations dirigées contre les tiers dans les délibérations des conseils municipaux; mais, dans l'état actuel de la législation, il est inutile d'insister sur ce point.

Ce n'est pas là qu'est la confusion des pouvoirs, elle est dans la jurisprudence que je combats. A s'en tenir aux règles ordinaires du droit, rien n'est plus facile que de concilier, en cette matière, les attributions administratives et les attributions judiciaires, et cette conciliation a été très-nettement tracée par la Cour de cassation. A l'autorité administrative le droit exclusif d'annuler l'acte, de supprimer la délibération, de faire mentionner sa décision sur le registre des séances du conseil municipal. A l'autorité judiciaire le droit exclusif de frapper les personnes, de vérifier si elles ont commis un délit prévu par la loi pénale, et de leur appliquer, en cas d'affirmative, les peines de cette loi; car, en dehors des cas exceptionnels spécifiés par le législateur, c'est seulement à cette autorité qu'appartient une telle mission, et certes, s'il est déjà grave de la confier quelquefois aux conseils de préfecture, il serait monstrueux d'en investir les préfets.

IV. En réalité, la jurisprudence du Conseil d'État se résume à ajouter une exception nouvelle aux exceptions qu'a établies la loi du 17 mai 1819, à l'égard des actions en diffamation ou injure. On sait que cette loi et le Code pénal prévoient et punissent distinctement la diffamation publique, l'injure publique et l'injure non publique; on sait aussi que les articles 21, 22 et

Digitized by Google

23 de cette loi déterminent et limitent les cas qui ne pourront donner lieu à aucune action pour diffamation ou injure, et que, parmi ces cas, figurent les discours tenus dans le sein *de l'une des deux chambres*, ainsi que les rapports ou autres pièces imprimés par ordre *de l'une des deux chambres*. Les conseils municipaux peuvent-ils ou devraient-ils être assimilés, sous ce rapport, aux chambres législatives? Qu'ils le puissent, c'est ce que le Conseil d'État semble avoir pensé; c'est, dans tous les cas, ce qu'il a décidé [1], et c'est par ce motif unique que ses arrêts ont obtenu l'assentiment du seul auteur qui, à ma connaissance, les ait approuvés: je veux parler de M. Dalloz. (*Jurisprudence générale*, v° *Presse*, n° 1167.) Mais il est par trop évident, en droit, que les exceptions ne se créent pas par voie d'interprétation; il est par trop évident que les immunités établies par les articles 21, 22 et 23 de la loi de 1819, ne peuvent pas être étendues par le juge au delà de leurs termes. Devraient-elles être étendues par le législateur? C'est une question que je n'ai pas à aborder; il me suffit de constater que les raisons qui ont paru, à bon droit, assez graves pour protéger ainsi les libres discussions des Chambres, ne s'appliquent pas de tous points aux séances des conseils municipaux, et que, selon toute apparence, si la loi était à faire, elle concéderait peut-être aux exigences administratives la répression par les conseils de préfecture, sauf recours au Conseil d'État, mais elle n'irait certainement pas jusqu'à proclamer l'immunité complète dont jouissent les Chambres législatives.

V. Je pourrais ajouter que le Conseil d'État s'est mis ouvertement en contradiction avec lui-même, lorsque, dans diverses circonstances, il a déclaré n'y avoir lieu à statuer, en vertu de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, sur des demandes en autorisation de poursuivre des conseillers municipaux inculpés de diffamation, et a, par conséquent, délaissé les demandeurs à saisir les tribunaux sans autorisation. Si, aux termes de l'article 60 de la loi de 1789, le citoyen lésé *ne peut que* se plaindre à l'autorité administrative, le Conseil d'État

[1] Il ne faudrait pas dire à ce sujet que le Conseil d'État réserve la répression organisée par l'article 60 de la loi de 1789. J'ai montré que le citoyen qui exerce le recours établi par cet article n'intente pas une action en répression d'un délit; j'ai montré que l'administration qui statue sur ce recours ne peut pas punir et ne punit pas un délit.

Digitized by Google

aurait dû, dans l'espèce dont il s'agit, se borner à renvoyer les plaignants devant cette autorité, qu'ils auraient pu également saisir sans autorisation; mais je n'attache pas une importance décisive à cette observation, puisque, entre deux jurisprudences contradictoires, il faut toujours en venir à se demander quelle est celle qui doit être préférée.

VI. Je viens d'indiquer tout à l'heure que les auteurs qui se sont occupés de la question, sont à peu près unanimes pour lui donner la solution que je défends; je me contente de citer MM. Chauveau et Serrigny, et je renvoie particulièrement à la vive et solide argumentation de ce dernier (*Traité de l'organisation et de la compétence administrative*, 2e édition, t. I, n° 169). Une remarquable consultation dans le même sens a été donnée sur l'affaire actuelle, par un jurisconsulte non moins autorisé, M. Batbie. Je rappelle enfin que c'est l'opinion qui a été soutenue devant le Conseil d'État, en 1842 et en 1866, par deux des plus éminents organes du ministère public, MM. Boulatignier et Aucoc.

Quant à la jurisprudence, le désaccord est complet entre le Conseil d'État et la Cour de cassation. Celle du premier de ces corps résulte, non-seulement de l'arrêt ci-dessous rapporté, mais aussi de quatre autres arrêts semblables rendus les 11 février, 6 septembre et 9 décembre 1842, et 18 mai 1854. De son côté, la chambre criminelle de la Cour de cassation a consacré, à diverses reprises, la doctrine contraire, notamment par ses arrêts des 22 août 1840, 17 mai 1845, 23 juillet 1861, 30 novembre 1861 et 22 janvier 1863. Je me borne à citer ici, *parte in qua*, le dernier de ces arrêts, rendu au rapport de M. le conseiller Faustin Hélie :

« Attendu que, si l'article 60 de la loi du 14 décembre 1789 » ouvre un recours administratif aux citoyens qui croient être « personnellement lésés par quelques actes du corps muni- « cipal, il n'en résulte pas que ces actes ne puissent être judi- « ciairement poursuivis, s'ils constituent des délits ou des « contraventions; que notamment les discours qui ont pré- « cédé ou suivi une délibération du conseil municipal peu- « vent, s'ils sont injurieux ou diffamatoires, donner lieu à une « poursuite; qu'il appartient sans doute aux tribunaux de con- « cilier, dans l'appréciation qu'ils font de ces discours, la « liberté des discussions avec le respect dû à l'honneur et à la

Digitized by Google

« considération des personnes; mais que l'article 21 de la loi « du 17 mai 1819 a établi en faveur des Chambres législatives « une immunité exceptionnelle qui ne peut être étendue aux « séances des conseils municipaux; que, si l'article 29 de la « loi du 18 juillet 1837 a déclaré que les séances de ces con- « seils ne seraient pas publiques, il ne s'ensuit pas qu'il soit « interdit de rechercher dans les dépositions de leurs mem- « bres la preuve des délits commis dans leur sein; que, si les « propos incriminés n'ont pas été tenus publiquement, il en « résulte seulement qu'ils peuvent être assimilés aux injures « verbales, qui, aux termes des articles 376 et 471, n° 11, du « Code pénal, sont passibles de peines de police, etc. [1]. »

On comprend que, placés en face de la jurisprudence du Conseil d'État, auquel l'arme du conflit donne le dernier mot, les tribunaux correctionnels aient quelquefois répugné à engager les parties dans une lutte à peu près inutile, et se soient inclinés devant cette apparente nécessité. Mais, lorsque la question, par une cause quelconque, est arrivée jusqu'à la Cour de cassation, celle-ci ne pouvait et ne devait évidemment subir d'autre loi que celle de sa propre conviction. Il est tout simple, dès lors, qu'elle ait opposé et qu'elle continue à opposer à la doctrine anti-juridique du Conseil d'État une résistance inspirée et justifiée par le sentiment et par le respect du droit.

E. REVERCHON.

[1] Les plaignants qui voudraient se contenter d'une satisfaction presque exclusivement morale, auraient un moyen très-facile de recouvrer le droit qui leur est enlevé par la jurisprudence erronée du Conseil d'État. Les séances des conseils municipaux n'étant pas publiques, la personne qui se croirait outragée par une délibération d'un de ces conseils pourrait se borner à intenter une action en réparation d'injures non publiques; la connaissance de cette action appartiendrait au tribunal de simple police, et, si le plaignant renfermait ses conclusions dans les limites indiquées par l'article 172 du Code d'instruction criminelle, le jugement qui interviendrait échapperait à l'appel; le conflit ne pourrait donc être élevé, ni devant le tribunal de simple police, puisque le Conseil d'État a constamment reconnu que l'ordonnance du 1er juin 1828 ne permet pas de l'élever devant cette juridiction, ni devant le tribunal correctionnel, puisque ce tribunal ne pourrait pas être saisi; il ne resterait que le recours en cassation, et l'on vient de voir quelle en serait l'issue.

Digitized by Google

OBSERVATIONS SUR LE MÉMOIRE DE M. BATBIE,

INTITULÉ

RÉVISION DU CODE NAPOLÉON.

Par M. A. Duverger,
professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite*[1]. *Réplique à M. Batbie.*)

IV.

Mon cher collègue,

Vous me conviez[2] à continuer la lutte pacifique que nous avons engagée au sujet de plusieurs propositions de votre mémoire. Je serais inexcusable de ne pas me rendre promptement à cette invitation. La bienveillance extrême que vous avez la grâce de me témoigner, m'épargne les amertumes de la polémique, et me fait goûter le plaisir de l'amitié là même où je trouve le profit de l'instruction.

Je poursuivrai bientôt l'examen de votre mémoire. Permettez-moi de m'arrêter aujourd'hui sur la réponse que vous avez faite à mon premier article; de préciser les points sur lesquels la divergence subsiste entre nous, et de rappeler quelques difficultés de vos systèmes, dont vous n'avez pas donné la solution.

Sur le premier chef, la perfection du mariage civil subordonnée à la célébration religieuse, vous exprimez tout d'abord, dans votre lettre, les motifs qui vous ont porté à faire cette proposition : « Rendre impossible la résistance de l'époux qui « avait promis à son conjoint, tacitement ou expressément, que « la cérémonie religieuse suivrait le mariage civil, résistance « plus fréquente qu'on ne croit... » — « Faire une expérience « sur l'esprit libéral de notre temps. »

Vous ajoutez : « J'ai pu me convaincre, par les attaques qui

[1] Voy. tome XXVIII, page 308, et tome XXIX, page 116.
[2] Voy. *suprà*, page 50, *Réponse à M. Duverger par M. Batbie.*

Digitized by Google

« me sont venues de différents côtés, que chacun entend con-
« fisquer le droit individuel suivant ses doctrines modernes ou
« surannées, et que la plupart, sinon tous, ne prennent conseil
« que de leurs passions, méritant ainsi le reproche de n'avoir
« rien oublié ni rien appris... »

Bien que je sois rangé par vous dans le petit nombre des personnes exceptées, j'appelle, pour l'honneur de notre temps, d'un jugement si sévère.

La tolérance, en matière d'opinions religieuses, est le fait général, en attendant qu'elle soit le fait universel. La Constitution répond au sentiment de la très-grande majorité des Français, lorsqu'elle commande au Sénat de s'opposer à la promulgation des lois qui « seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la liberté des cultes. » L'époque qui sait applaudir à l'impartialité de M. Guizot et à la modération de monseigneur Darboy, n'est pas une époque qui n'ait « rien oublié ni rien appris. » Prétendre le contraire, c'est, me semble-t-il, se tromper de date et de nombre, confondre le temps de la loi du sacrilége avec le nôtre, prendre quelques groupes d'intolérants pour la nation elle-même.

La susceptibilité du pays en matière de liberté de conscience est grande : elle ne supporterait pas votre moyen de réforme, car il blesse essentiellement cette liberté. C'est ce que j'avais indiqué par une objection, entre autres, à laquelle vous n'avez pas répondu.

Permettez-moi d'y revenir.

Votre proposition, disais-je, n'atteindra son but que si l'officier de l'état civil interpelle les futurs époux sur leur intention relativement au mariage religieux.

Vous convenez que cette interpellation est nécessaire et vous formulez ainsi le nouvel article 75 du Code Napoléon :

« Le jour désigné par les parties après les délais des publications, l'officier de l'état civil, dans la maison commune, en présence de quatre témoins. . . . . .
. . . . . demandera aux futurs époux *s'ils ont l'intention de célébrer leur mariage suivant les rites de leur religion et veulent subordonner la perfection du mariage à cette célébration.* Leur réponse sera mentionnée dans l'acte de mariage [1]..... »

J'ajoutais : « Ainsi, les futurs époux seront dans la nécessité

[1] M. Batbie, *loc. cit.*, p. 56 et 57.

Digitized by Google

de déclarer devant le magistrat s'ils ont ou s'ils n'ont pas de foi religieuse. L'obligation de faire cette profession publique peut-elle se concilier avec le principe de liberté de conscience dont mon savant collègue veut compléter la garantie? » — Vous gardez le silence.

Et cependant, voici d'autres conséquences de l'interpellation : Les futurs époux déclarent, je le suppose, qu'ils n'ont pas l'intention de célébrer leur mariage suivant les rites d'une religion. — Le fait sera très-rare, mais il aura lieu puisqu'il y a des enterrements civils. — D'après le nouvel article 76 que vous proposez, et que vous devez proposer, l'acte de mariage énoncera la réponse des parties, qu'elles ne subordonnent pas la perfection du mariage à la bénédiction nuptiale.

Ainsi, le registre des mariages contiendra la preuve que lesdits époux n'appartiennent à aucune communion religieuse. Triste monument de famille! Les Français seront distingués, par les actes de l'état civil, en personnes professant un culte et personnes n'en professant pas! — Il faudrait, du moins, ajouter que les époux de la seconde catégorie pourront toujours déclarer devant l'officier de l'état civil qu'ils ont célébré le mariage religieux et demander que mention de cette déclaration soit faite en marge de l'acte de mariage. Il faudrait même autoriser le survivant et les enfants à justifier de la célébration religieuse et à requérir la rectification.

Je reprendrai plus bas quelques autres objections que m'avait suggérées le principe de la liberté de conscience, et que vous avez négligées.

Je veux préalablement constater, dans l'ordre même de votre lettre, les points qui nous divisent.

Vous persistez à penser, mon cher collègue, que notre loi est mal faite, que l'oppression de l'époux religieux par celui qui refuse de se rendre à l'église, au temple ou à la synagogue, est légalement possible, que le juge qui « empêcherait un « conjoint de réclamer ses droits d'époux sous prétexte qu'il ne « consentirait pas à célébrer le mariage religieusement, donne- « rait une interprétation tourmentée de notre Code. » Admettre, comme je le fais, que la séparation de corps ne doit pas être prononcée si le mari n'emploie ni l'obsession ni la persécution pour triompher de la résistance de sa femme, c'est, me dites-vous, reconnaître que « mon palliatif » est insuffisant.

Digitized by Google

Permettez : Dans votre interprétation de la loi, le juge n'est pas tenu seulement de laisser le conjoint oppresseur réclamer ses droits d'époux ; il doit lui donner les moyens légaux de contraindre à la cohabitation l'époux opprimé. — La séparation de corps n'est pas mon palliatif unique. Je crois avoir démontré que, pour tous les cas, il en existe un autre, le refus, par le juge, des moyens de contrainte [1].

Vous poursuivez : « Montrez-moi une disposition qui tienne « un compte quelconque de la célébration religieuse. »

J'ai rappelé que l'article 213 du Code enjoint au mari de protéger sa femme, et j'ai dit : opprimer, ce n'est pas protéger ; j'ai montré que l'article 214 qui oblige la femme « d'habiter avec le mari », oblige le mari « de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie... », et j'ai affirmé, avec la Cour de cassation, que « par ces dernières expressions le législateur n'a pas borné sa sollicitude aux besoins matériels de la vie, mais qu'il a entendu protéger également *la dignité* et la sécurité de la femme [2]. »

Si vous n'acceptez pas ces textes, à mon tour, je dirai : Montrez-moi une disposition qui autorise la femme à remplir ses devoirs religieux malgré la défense formelle que lui en aurait faite son mari ; citez un texte qui donne à la femme malade, mourante peut-être, le droit de recevoir dans la maison conjugale, malgré son mari, le prêtre qui lui apporte les sacrements !

Vous ne trouverez pas dans le Code d'autres textes applicables que les articles 213 et 214. Et cependant, s'il se rencontrait un mari capable d'interdire l'entrée de sa maison au ministre de la religion appelé par sa femme mourante, vous-même, mon cher collègue, juge des référés, vous ordonneriez sur minute, je ne puis le mettre en doute, d'introduire le prêtre auprès de la femme, malgré le mari.

Vous exigez des textes qui expriment toutes les conséquences que contient le principe par eux consacré! Avez-vous donc oublié que « l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes

[1] T. XXVIII, p. 316.

[2] Req. rej., 20 novembre 1860 (Appert); Devill. et Car., 1861, 1, 965. — Voy. *Rev. crit.*, t. XXVIII, p. 318.

Digitized by Google

féconds en conséquences...; que c'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application; — que de là chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation [1]? »

Où donc les lois françaises ont-elles expressément protégé l'époux étranger contre les excès, délits, injures de son conjoint? — Nulle part. — Si cet époux demande la séparation de corps, les tribunaux français se déclareront peut-être incompétents. Mais, dans ce cas même, il sera pourvu « par la justice française à toutes les mesures provisoires qui se rapportent à la sûreté des personnes et à leurs intérêts urgents, *ce qui entre toujours dans son domaine* [2]... » « Considérant, dit aussi la Cour d'Angers, que du moment qu'une femme étrangère habitant la France a de justes motifs de craindre pour elle et pour sa famille, elle peut provisoirement recourir aux formes protectrices de la loi française pour s'isoler de son époux [3]. »

Vous avez, mon cher collègue, une passion qui vous honore, celle de faire reconnaître le droit individuel partout, non pas seulement en moyenne, mais toujours et dans les cas les moins fréquents. Permettez-nous de penser que ce noble but sera plus sûrement atteint par l'application libérale de la loi suivant son esprit que par l'observation superstitieuse de son texte. Jamais *la lettre* ne dira tout, et vous n'arriveriez pas à prévenir dans la famille toute oppression, si le père ou le mari ne pouvait être arrêté que par un texte littéralement applicable à l'abus qu'il commettrait.

Mais vous invoquez aussi l'esprit du Code pour prouver que le juge ne peut pas, dans l'espèce, protéger l'époux opprimé: « Il n'est question du mariage religieux qu'une seule fois dans « notre législation, et c'est dans les articles qui prohibent, « sous des peines sévères, la célébration du mariage reli-

[1] Portalis, *Discours préliminaire*, Fenet, t. I, p. 470.

[2] Cour de Lyon, arrêt du 25 février 1857 (Rachel); Devill. et Car., 1857, 2, 625.

[3] Arrêt du 20 février 1861 (Conzette) Devill. et Car., 1861, 2, 409.

Digitized by Google

« gieux faite avant celle du mariage civil. *L'esprit* de la loi « se révèle suffisamment par cet ordre d'idées... »

Il ne suffit pas de viser les articles 199 et 200 du Code pénal pour démontrer que, d'après la loi française, la femme renonce, en se mariant, à sa conscience religieuse, ou du moins, la soumet à son mari. Ces textes ne dérogent pas au principe de liberté de conscience proclamé en 1789 et consacré par toutes nos constitutions en faveur des femmes non moins qu'en faveur des hommes, en faveur des femmes mariées non moins qu'en faveur des filles ou des veuves. Ces textes ne détruisent pas le fait que le titre du Mariage a été discuté au moment où le concordat venait d'assurer aux Français la jouissance des biens spirituels. Or, il est impossible d'admettre que le législateur approuvait le concordat et, dans le même temps, voulait conférer au mari, par les articles 213 et 214 du Code civil, le pouvoir d'étouffer chez sa femme la voix de la conscience. Sur ce point, je me réfère à mon premier travail [1].

Si l'esprit du Code civil eût été ce que vous pensez, mon cher collègue, M. Siméon n'aurait pas dit devant le Corps législatif, au nom du Tribunat : « Les solennités civiles du mariage et ses preuves ont été augmentées et consolidées, les autels relevés en faveur des époux, pour qui ce n'est pas assez d'appeler les hommes en témoignage de leurs serments, et dont la délicate sollicitude réclame la garantie du ciel [2]. »

Ce serait abuser des articles 199 et 200 du Code pénal que de les retourner contre la femme, car ils ont été décrétés pour la protéger. En voici la preuve : l'article 54 de la loi organique du concordat portait : « Les curés ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront en bonne et due forme avoir contracté mariage devant l'officier civil. » Le rapport de Portalis sur les articles organiques motivait ainsi cette disposition : « La sagesse de l'article 54 est évidente..... Il arrivait souvent qu'un séducteur adroit conduisait devant un prêtre la personne qu'il feignait de choisir pour sa compagne, vivait maritalement avec elle et refusait ensuite de paraître devant l'officier civil. Quand ce séducteur était fatigué d'une

[1] Tome XXVIII, p. 331 et suiv.
[2] Fenet, t. XIII, p. 830.

Digitized by Google

union qui lui devenait importune, il quittait sa prétendue femme et la livrait au désespoir, car cette infortunée n'avait aucune action pour réclamer son état ni celui de ses enfants[1]. »

Le Code pénal a sanctionné la défense faite au ministre du culte par l'article 54 de la loi organique. Apparemment, le législateur de 1810 et celui de 1832 qui a modéré la peine de la seconde récidive (nouvel article 200 du Code pénal), se sont proposé, comme le législateur de 1802, de protéger la femme contre son ignorance ou sa faiblesse, et contre le mensonge de certains hommes! Mais qu'importe ici l'esprit des lois de 1810 et de 1832? Il me suffit d'avoir constaté que la pensée primitive, contemporaine du Code civil, était la protection de la femme. — Je demeure convaincu qu'il n'est jamais permis, ni par le texte ni par l'esprit de la loi, de faire violence à l'époux qui a compté sur la bénédiction nuptiale.

Vous dites, au contraire, mon cher collègue, « que la loi « laisse, au moins dans certains cas, le mal sans remède, et « que cela suffit pour qu'elle soit à réviser. »

On peut réviser la loi sans adopter le moyen que vous proposez, ou sans laisser aux futurs époux, comme en Italie, la faculté de célébrer le mariage religieux avant le mariage civil. Il est une réforme moins radicale qui consisterait à formuler en termes exprès, dans la loi, ce que la doctrine et la jurisprudence déduisent aujourd'hui des articles 214 et 231 du Code civil : le droit de se refuser à la cohabitation et celui de faire prononcer la séparation de corps. Sur cette proposition, il ne pourrait s'élever à mon sens, je le déclare de nouveau[2], qu'une difficulté de rédaction. « Il n'y aurait pas non plus, suivant moi, lieu de faire une objection de principe à la proposition de donner au juge le pouvoir de convertir en séparation judiciaire, après deux années au moins, la séparation de

[1] *Discours, rapports et travaux inédits sur le concordat de* 1801, p. 273, 274.

[2] Cela ne signifie pas, comme vous paraissez l'entendre (p. 52, en note), que je reconnaisse la nécessité de cette révision. — La Cour de Montpellier n'avait pas admis, en 1830, l'interprétation rigoureuse qu'elle a donnée de l'article 214 dans l'arrêt de 1847 (premier considérant). V. arrêt du 23 décembre 1830; S., 1831, 2, 231. — Mais je ne veux pas retomber dans la discussion du point de droit. Voir t. XXVIII, p. 316 et suiv.

Digitized by Google

fait qui aurait existé, depuis le mariage civil, entre des époux également sincères, l'un dans l'allégation de sa foi, l'autre dans celle de son incrédulité [1]. »

Ces dispositions mettraient fin à tout scrupule sur la portée des articles 213, 214 et 231 du Code civil; mais, à vos yeux, elles ne confirmeraient que des palliatifs insuffisants. Palliatifs, je l'accorde, mais qui suffisent à empêcher l'oppression.

Vous tenez plus à détruire cette oppression — vous la croyez fréquente — qu'à mériter l'honneur d'avoir trouvé le meilleur moyen d'y mettre fin. « Si vous pensez, me dites-« vous, que le parti qui a été adopté en Italie vaut mieux que « ma proposition, je me rallie volontiers à cette idée. »

Forcé d'opter pour prévenir une oppression que je déteste autant que vous, mais que, suivant moi, le Code Napoléon n'autorise pas; forcé d'opter entre votre réforme et la réforme italienne, je choisirais la seconde. Elle a sur la vôtre l'avantage considérable de ne pas associer intimement, dans la loi, deux institutions qui n'ont jamais été confondues sans de graves inconvénients : le mariage civil et le mariage religieux. Si je ne me joins pas, dès à présent, à nos honorables collègues, MM. Glasson et Desjardins, pour demander l'adoption en France de la loi italienne, c'est, vous l'avez dit, par crainte du danger qui menacerait les filles des campagnes et peut-être celles des villes [2]. Mais cette crainte ne tiendrait pas contre le

[1] T. XXVIII, p. 339. — En matière de divorce, le Code civil admettait un sursis analogue à celui que j'indique : Art. 259 : « Lorsque la demande en divorce aura été formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, encore qu'elle soit bien établie, les juges pourront ne pas admettre immédiatement le divorce. Dans ce cas, avant de faire droit, ils autoriseront la femme à quitter la compagnie de son mari, sans être tenue de le recevoir, si elle ne le juge à propos; et ils condamneront le mari à lui payer une pension alimentaire proportionnée à ses facultés si la femme n'a pas elle-même des revenus suffisants pour fournir à ses besoins. » — Art. 260 : « Après une année d'épreuve, si les parties ne se sont pas réunies, l'époux demandeur pourra faire citer l'autre époux à comparaître au tribunal, dans les délais de la loi, pour y entendre prononcer le jugement définitif, qui pour lors admettra le divorce. »

[2] « Il ne faut pas s'y tromper, dit M. Huc dans son remarquable ouvrage sur *le Code civil italien et le Code Napoléon*, malgré les articles 199 et 200 du Code pénal, il arrive quelquefois que des mariages purement religieux sont clandestinement célébrés, et il est peu d'hommes d'affaires *dans les grands centres de population*, qui n'aient la connaissance personnelle de

Digitized by Google

résultat d'une enquête libéralement faite, dans laquelle les ministres des différents cultes, les maires, toutes les personnes en un mot qui connaissent le mieux les classes illettrées, auraient affirmé que jamais, après le mariage religieux, après la cohabitation, la femme ne demanderait vainement le mariage civil.

La loi prescrirait-elle au ministre du culte, comme d'excellents esprits le proposent, d'avertir expressément les parties que, pour produire les effets civils, le mariage doit être célébré devant l'officier de l'état civil? Cette prescription ne soulèverait-elle pas des difficultés avec la cour de Rome? L'avertissement serait-il donné, dans tous les cas, avec la clarté et avec l'insistance nécessaires[1]? Cet avertissement suffirait-il toujours pour prévenir la cohabitation avant le mariage civil et l'abandon de la femme après la cohabitation? Autant de points qui seront scrupuleusement étudiés par les partisans français de l'innovation italienne.

Je montrerai bientôt, mon cher collègue, que votre proposition, comme le système italien, et sans se recommander par la même simplicité, expose les femmes à se voir délaissées après le mariage religieux. Un mot, au préalable, de votre réponse à l'objection que la réforme, par vous proposée, rendrait le mariage conditionnel.

A vous entendre, cette objection repose infailliblement sur

quelque fait de ce genre. Or, presque chaque fois que le fait s'est produit, il s'agissait d'un homme qui, dominé par des préjugés de naissance ou de fortune, consentait bien à honorer une pauvre femme d'un mariage religieux, soigneusement dissimulé aux yeux du monde, mais qui n'aurait jamais consenti à l'élever au rang de son épouse. » (1866, p. 42.) — M. Boissonade n'est pas plus favorable au système italien. — Voir son judicieux et substantiel article sur le livre de M. Huc. (*Rev. crit.*, t. XXIX, p. 174.)

[1] Le sieur S..., prêtre, a été traduit devant le tribunal correctionnel de Perpignan, comme prévenu d'avoir procédé à la célébration religieuse de plusieurs mariages, sans qu'il lui eût été justifié d'un acte de mariage civil et d'avoir fait inhumer des corps sans l'autorisation préalable de l'officier de l'état civil; le prévenu soutint que les faits qui lui étaient reprochés, rentraient dans les cas prévus par les articles 6, 7 et 8 combinés de la loi du 18 germinal an X et devaient être déférés au Conseil d'État avant toute poursuite judiciaire. Ce système fut accueilli par le tribunal de Perpignan. — Le pourvoi en cassation, formé par le ministère public, a été rejeté le 29 décembre 1842. — Devill. et Car., 1843, 1, 73.

Digitized by Google

une hérésie : « Que vous avez la tête dure, Messieurs ! Où donc « avez-vous lu que la formalité *ad solemnitatem* est une con- « dition? Vous oubliez, sur ma foi, quand vous écrivez, les « leçons que vous donnez *ex cathedrâ* sur la nature de la con- « dition. »

Je semble avoir ma part de cette verte semonce. Tout en déclarant que je ne voulais pas m'arrêter à des préoccupations de légiste, j'ai dit que de votre proposition sortiraient des époux conditionnels [1]. Sur ces mots, vous me reprenez, avec plus de douceur, « d'avoir confondu ces deux notions pourtant « bien distinctes », une solennité et une condition [2].

Excusez ma confiance; je ne me reproche que la faute de n'avoir pas deviné votre pensée.

Vous aviez dit, mon cher collègue : « Je voudrais donc que « devant l'officier de l'état civil, les conjoints déclarassent s'ils « entendent célébrer leur mariage religieusement ou non. Si « non, le mariage serait définitif; si oui, la loi ne reconnaîtrait « le mariage *qu'autant qu'on justifierait de la célébration reli-* « *gieuse.* [3] » Le sens naturel était, ce me semble : Bien que l'officier civil eût, au nom de la loi, prononcé l'union des parties, la loi ne reconnaîtrait ce mariage que *sous la condition* qu'il y aurait célébration religieuse et qu'il en serait justifié.

Ne dites-vous pas avec M. Demolombe : « L'adoption ne produit aucun effet tant qu'elle n'a pas été inscrite sur les registres de l'état civil (art. 359). — Mais les effets de l'adoption, une fois inscrite, remontent au jour du contrat passé devant le juge de paix. Telle est la conséquence du principe que nous venons de poser, et d'après lequel l'adoption est formée par ce contrat *sous la condition suspensive que les formalités nécessaires seront ensuite accomplies* (arg. de l'article 1179) [4]; » ou avec M. Demante : « Je ne considère le défaut d'inscription que comme une condition résolutoire [5]? »

[1] T. XXVIII, p. 341 : « ... Des difficultés sortiraient, peut-être, de cette situation précaire. Mais ce sont là des préoccupations de légiste sur lesquelles je n'insiste pas. »

[2] M. Batbie, *loc. cit.*, p. 54.

[3] T. XXVIII (*Mémoire*), p. 130 et 131.

[4] *Cours de Code civil*, t. VI, n° 120.

[5] *Cours analytique de Code Napoléon*, t. II, n° 95 *bis* II. — D'après la Cour de cassation (Arrêt, req. rej., 1er mai 1856; — Albert; — Devill. et

Digitized by Google

La lecture de votre réponse ne m'a pas détrompé. Rien n'indique que l'officier civil mariera les parties lors seulement de leur seconde comparution devant lui, après la déclaration qu'elles ont reçu la bénédiction nuptiale [1].

Toutefois, au dernier moment, une phrase de votre lettre [2] m'a fait craindre de n'avoir pas saisi votre pensée. Vous avez bien voulu éclaircir mon doute.

Je n'avais pas su vous comprendre.

Dans votre esprit, mon cher collègue, il a toujours été entendu que les effets civils ne dateraient que du jour où la célébration religieuse serait mentionnée en marge de l'acte de l'état civil, c'est-à-dire du jour où le mariage serait parfait. Si l'un des époux mourait dans l'intervalle, il n'y aurait pas mariage. Néanmoins, la capacité des parties devrait être considérée au moment de la première comparution, de même que la capacité du donateur n'est pas seulement exigée au moment de l'acceptation par acte séparé, quoique la donation ne soit parfaite que par l'acceptation...

Ainsi définie, la proposition ne donne aucune prise à l'objection, que les parties seraient mariées par le maire sous une condition suspensive ou résolutoire. Mais alors apparaît, sans voile, une difficulté plus grave.

La célébration religieuse et la seconde comparution devant le maire sont des solennités de ce mariage en trois actes; donc

Car., 1861, 1, 513), l'adoption « se consomme par l'autorité du magistrat qui en proclame l'existence », mais, nécessairement, sous condition, article 359 *in fine* du Code Napoléon.

Vous rappelez les principes (t. XXX, p. 55, note 1) : « La condition est « un événement futur et incertain qui dépend ou du hasard (*condition « casuelle*) ou de la volonté de *l'une des parties* contractantes (*condition « potestative*. Mais on n'a jamais appelé condition une formalité pour « laquelle le consentement des deux parties est exigé. » — Je ne suppose pas que vous appeliez la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil, *une formalité* du contrat de mariage reçu par le notaire; vous dites, je pense, que le contrat de mariage est fait sous la condition *si nuptiæ sequantur*. Mais alors accordez-moi que la réalisation de la condition peut dépendre de la volonté des deux parties, car « il n'y a pas de mariage s'il n'y a pas *de consentement*, » art. 146 du Code Napoléon. — Dans l'ancien droit au moins, l'hypothèque de la femme, qui résultait du contrat de mariage notarié, avait, par l'effet rétroactif, la date du contrat de mariage.

[1] Compar. M. Bathie, *loc. cit.*, p. 56, art. 75 modifié.

[2] *Loc. cit.*, p. 55 *in fine* et p. 56.

Digitized by Google

il n'y a pas mariage tant que le troisième acte n'est pas achevé, même lorsque le second, la célébration religieuse, est accompli. C'est la conséquence forcée du système; vous le reconnaissez en disant que, si l'une des parties meurt avant que le mariage soit parfait, il n'y aura pas mariage.

La mort de l'un des futurs époux, entre le mariage religieux et le mariage civil définitif, n'est pas le seul fait à prévoir. Il en est un autre plus redoutable, l'abandon de la femme par le futur époux après la bénédiction nuptiale, après la fête qui la suit, après la cohabitation qui suivra la fête, quelquefois.

Nous voilà ramenés au système italien et à ses périls.

Sans doute, dans votre réforme, la première comparution devant l'officier civil aurait l'avantage d'avertir les parties que, pour être mariées civilement, elles devront se représenter à la mairie. Permettez-moi néanmoins, mon cher collègue, d'attendre le résultat d'une enquête pour être certain que cet avertissement suffirait à prévenir des malheurs irréparables.

Le système italien conserve, d'ailleurs, sur le vôtre l'avantage de ne pas faire naître toutes les difficultés que soulève l'association dans le mariage civil de l'acte civil et de l'acte religieux.

Je reviens à ces difficultés.

Vous avez dit dans votre Mémoire : « L'attribution des actes « de l'état civil au maire a été un grand progrès pour la liberté « de conscience. Je crois cependant que *la séparation de la « religion et du civil a été faite d'une manière excessive,* et que « les législateurs ont cédé à une réaction extrême contre la « puissance du clergé[1]..... » Vous désiriez, semblait-il, diminuer cette séparation. Je vous ai proposé ce dilemme : « Ou la célébration religieuse serait traitée par la nouvelle loi comme une simple condition de fait, et la loi ne donnerait pas satisfaction aux consciences, ou la loi envisagerait le mariage religieux à son vrai point de vue, et elle soulèverait entre l'Église et l'État des difficultés dont la solution n'est point encore trouvée[2]. »

[1] *Mémoire*, t. XXVIII, p. 129.
[2] T. XXVIII, p. 342.

Digitized by Google

Vous écartez tout d'abord la seconde branche du dilemme. Dans ce but, vous modifiez l'article 76 :

« Si les parties ont déclaré subordonner la perfection du mariage à la « célébration religieuse, l'acte de mariage ne sera parfait que par la mention « de cette célébration en marge du registre. *Cette mention faite sur la « réquisition des parties emportera renonciation à toute nullité fondée « sur les usages et règlements en matière de célébration religieuse.* »

Évidemment, vous ne concédez rien aux réclamations des théologiens contre la sécularisation du mariage [1]. Mais alors la première branche du dilemme vous arrête : vous ne donnez pas satisfaction aux consciences; car, pour les satisfaire, au point de vue religieux, il faut satisfaire l'Église.

Certes, ce n'est pas résoudre l'objection que de dire : « Je « ne force pas la partie à se contenter d'une célébration quel- « conque, et si *à ses yeux* tout ne s'est pas bien passé, elle « n'aura qu'à ne pas consentir à laisser mettre la mention sur « le registre de l'état civil. Mais une fois qu'elle aura consenti, « elle aura reconnu que sa volonté a été exécutée [2]..... »

Quelle était sa volonté? — Être mariée religieusement. — Aux yeux de qui? — Aux yeux de son Église. — Comment la partie pourrait-elle reconnaître dès à présent que cette volonté a été exécutée? Sait-elle comment prononcerait le juge canonique, si le mariage était attaqué devant l'Église?

Vous ajoutez : « Les parties auraient pu, lors de leur pre- « mière comparution devant l'officier de l'état civil, déclarer « qu'elles n'entendent pas célébrer le mariage religieux. *A « plus forte raison* pourront-elles, à leur retour de l'église, du « temple où de la synagogue, *déclarer qu'elles tiennent pour « suffisante la célébration qui a eu lieu et, de ce chef, renoncer « à toute nullité.* »

Vous êtes trop bon logicien, mon cher collègue, pour ne pas reconnaître que votre argument *a fortiori* n'est pas recevable. Les personnes qui déclareront ne pas subordonner le mariage civil à la bénédiction religieuse, n'appartiendront pas à une religion qui exige cette bénédiction. Dès lors, elles ne seraient pas sourdes à la voix de leur conscience. Comment comparer à ces personnes celles à qui leur conscience

[1] Voir, sur ces réclamations, t. XXVIII, p. 342 et suiv.
[2] M. Batbie (*Réponse*), p. 57.

Digitized by Google

défend de se regarder comme mariées, 1° si la célébration religieuse n'a pas eu lieu, 2° si l'autorité ecclésiastique déclare que cette célébration n'a pas eu lieu valablement?

Vous ne voyez pas « pourquoi leur conscience serait tour-« mentée! » — Tout au plus ne le sera-t-elle pas, tant que le mariage religieux ne sera pas annulé, ou mieux, tant que la nullité canonique ne sera pas connue.

Mais le jour où ce vice se révélerait, la conscience de l'époux religieux lui ferait un supplice de la cohabitation.

Vous dites : « Au moins leur conscience ne serait-elle pas « inquiétée par l'effet d'une loi qui leur aurait permis de faire « *librement* ce qu'elles ont librement arrêté. »

Librement! — Non, et je montrerai bientôt que votre loi soumettrait les parties à une alternative qui ne ressemble pas du tout à la liberté.

Mais, ajoutez-vous en note : « La loi civile ne doit aux par-« ties que de faire respecter leur volonté, après les avoir mises « à même de s'exprimer librement et sans surprise. Si elles « commettent des fautes elles doivent en subir les consé-« quences. Ces fautes ne sont pas imputables à la loi, si la loi « a tout fait pour les prévenir[1]. »

La réponse passe à côté de l'objection (première branche du dilemme), qui ne consiste pas à dire que votre loi serait en faute de ne pas faire plus, mais, simplement, qu'elle ne donnerait pas satisfaction à la conscience.

Prétendrez-vous que le Code fait moins encore, pour la conscience, que ma proposition?

Le Code fait autrement; et il fait mieux, à mon sens. Il se tait, lorsqu'il règle la formation du lien, sur la célébration religieuse. Il ne met pas les parties, comme votre proposition, dans la nécessité de *déclarer* : ou, qu'elles se contentent dès à présent du mariage civil; ou, qu'elles se contenteront de ce mariage, si, par événement, le mariage religieux, à la célébration duquel elles subordonnent la perfection du mariage civil, se trouvait n'avoir pas été valable[2].

[1] *Loc. cit.*, p. 57, en note.

[2] « Cette mention (de la célébration religieuse) faite sur la réquisition « des parties emportera renonciation à toute nullité fondée sur les usages et « règlements en matière de célébration religieuse. » M. Batbie, art. 76 modifié (*Réponse*), *loc. cit.*, p. 57.

Digitized by Google

Cette alternative, imposée par votre loi, viole le principe de liberté de conscience, auquel vous promettez satisfaction « d'une manière pleine » et d'après lequel la loi ne doit exiger « aucun acte qui soit contraire à la pensée intime des futurs [1]. »

Loin de diminuer « la séparation de la religion et du civil, » que vous trouvez excessive dans le Code [2], vous la creusez plus profondément. Vous ne donnez donc pas satisfaction à la conscience; et j'ai le droit de dire, pour me servir de votre expression, que vous n'avez pas trouvé le passage libre entre les cornes du dilemme. L'une d'elles, si je ne me fais illusion, vous barrait le chemin, et vous avez passé par-dessus.

Il est encore, au point de vue de la liberté, notre principe commun, une objection à votre système que vous n'avez point abordée : Les parties ont répondu à l'interpellation de l'officier de l'état civil prescrite par votre loi, qu'elles n'entendent pas subordonner la perfection du mariage à la célébration religieuse. L'officier civil les a mariées définitivement. Mais la femme est à peine sortie de la salle des mariages qu'elle est saisie du remords d'avoir abandonné sa religion. — Qu'on ne se récrie pas contre l'invraisemblance d'un remords si prompt; il est moins étrange que le scrupule *sincère* du mari qui ferait, après le mariage, ce singulier aveu : « C'est vrai, j'ai « promis le mariage religieux parce que je craignais, si j'avais « été sincère, de ne pas vous obtenir. Mais il m'est impos- « sible de pousser plus loin le mensonge, et jamais je ne con- « sentirai à faire une simagrée [3]. » — Dira-t-on que le repentir de la femme serait infiniment rare? Je rappellerais ce que vous sentez si bien : « Ceux-là seulement ont le respect du « droit individuel qui le défendent *sur une tête* avec la même « énergie que s'il était menacé sur un grand nombre [4]. »

Que fera le juge chargé d'appliquer la loi qui aura sanctionné, sur votre demande, la renonciation de la femme à sa foi religieuse? Vous répondez nécessairement : le juge contraindra cette femme à suivre son mari, car la convention lé-

[1] (*Mémoire*), t. XXVIII, p. 129 et 131. — (*Réponse*), t. XXX, p. 50.
[2] (*Mémoire*), *loc. cit.*, p. 129.
[3] M. Batbie (*Réponse*), *loc. cit.*, p. 53.
[4] *Loc. cit.*, p. 51.

Digitized by Google

galement formée tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite, articles 1134 et 75 du Code Napoléon révisé.

Mais alors vous consentez à l'oppression! Votre système se retourne contre la pensée généreuse qui l'a inspiré. Le mari réclame sa femme en vertu *d'un pacte sur une chose de conscience,* comme l'acheteur se fait livrer l'objet promis, en vertu du contrat!

Dieu merci, nous n'en sommes pas là! Le Code civil respecte la dignité et la liberté des personnes. Que l'époux opprimé par le refus de bénédiction nuptiale ait confiance dans la loi du religieux Portalis; qu'il s'adresse aux tribunaux; il sera secouru, je suis heureux d'en garder la profonde conviction.

L'arrêt de la Cour de Montpellier est isolé. Rendu depuis vingt ans il n'a pas fait, il ne fera pas, jurisprudence[1]. Permettez-moi donc, dans l'intérêt même de vos clientes, les opprimées, de répéter encore les paroles de M. Coin-Delisle : « Tous les magistrats, tous sans exception, en obéissant à leur conscience judiciaire, protégeront la femme, empêcheront le rapt prétendu légal, et permettront à la femme de résider chez ses parents jusqu'à ce que cette fougue tyrannique s'évanouisse par la réflexion. »

Dans la seconde partie de votre lettre, mon cher collègue, vous persistez à soutenir « qu'il aurait été plus juste (en 1854) « de remplacer la dissolution de plein droit..... non par le « maintien absolu du mariage qui se trouve dans la loi du « 31 mai 1854, mais par le maintien facultatif au choix de « l'époux du condamné. » Vous ajoutez : « En d'autres termes, « j'aurais voulu qu'on eût seulement adouci les articles du « Code sur la mort civile. Là-dessus vous avez tous, *en chœur,* « *crié* que je proposais de rétablir le divorce..... »

Cette métaphore, un peu vive, vous fait illusion; le bruit que vous croyez entendre vous empêche de distinguer les voix de vos adversaires.

Vous répétez la maxime : *Quod Deus conjunxit homo non separet,* comme si cette objection était la seule que l'on vous

[1] Voy. t. XXVIII, p. 320 et suiv.

Digitized by Google

eût proposée. Ainsi, vous reconnaissez d'abord que je ne discute pas la question du divorce au point de vue d'une religion déterminée; mais vous me dites bientôt : « Il me semble que « vous ne pourriez pas m'opposer la maxime *quod Deus con-* « *junxit*, etc., etc., sans dépasser vos prémisses...,[1] » ce qui donnerait à penser que, désespérant de justifier en morale le principe absolu de l'indissolubilité, je dois finir par invoquer contre votre thèse la règle catholique.

Or, je me suis placé et je prétends me maintenir exclusivement sur le terrain philosophique ou civil. C'est de là que j'ai montré le péril auquel le succès de votre proposition exposerait le principe *moral* de l'indissolubilité; c'est de là que j'ai combattu toute exception à ce principe, comme incompatible avec les devoirs de dévouement envers les enfants et de pardon envers le conjoint qui saurait mériter sa grâce.

Que m'avez-vous répondu? — « Dans un pays où il y a « plusieurs cultes reconnus, le législateur ne doit pas im- « poser par la force à ceux-ci les conceptions de ceux-là. « Qu'il se montre non pas *athée* (c'est impossible) mais im- « partial, c'est-à-dire juste. Eh bien! à ce point de vue vous « ne pouvez pas trouver extraordinaire que le législateur après « avoir supprimé le divorce pour les causes prévues par les « articles 229-233 du Code, admette cependant une dissolution « facultative dans les cas plus graves des travaux forcés à per- « pétuité ou de la peine de mort commuée. »

Je le trouverais fort extraordinaire et j'en avais donné les raisons sans invoquer la maxime *quod Deus conjunxit*...

A vous entendre, mon cher collègue, la loi de 1854 n'aurait proscrit la dissolution facultative du mariage que par une réaction extrême contre la dissolution de plein droit.

Mais, depuis la loi de 1816, la contradiction entre le maintien de la mort civile et l'abolition du divorce était signalée comme flagrante au point de vue d'une dissolution quelconque. Telle était certainement la pensée des personnes qui voyaient dans la loi abolitive du divorce une abrogation virtuelle de la dissolution par la mort civile[2].

[1] M. Batbie, *loc. cit.*, p. 61 et 62.

[2] V. t. XXVIII, p. 353. — *Junge* Fœlix, *Revue de droit français et étranger*, t. II, p. 489, n° 16.

Digitized by Google

Vous affirmez que « le maintien forcé, dans tous les cas, « substitué à la dissolution *ipso jure*, n'est autre chose qu'un « excès remplaçant un excès, un abus mis à la place d'un « abus [1]. » D'après vous : « Jusqu'à présent la morale n'avait pas « reçu d'atteinte parce que la dissolution du mariage était pro- « duite par les condamnations perpétuelles, et la *seule atteinte* « résultait de ce que la dissolution était forcée pour l'époux « qui voulait rester fidèle à son conjoint condamné [2]... »

Il y avait donc deux morales : l'une qui permettait le divorce aux conjoints des condamnés à des peines perpétuelles ; l'autre qui le défendait aux maris des femmes adultères ou même prostituées, aux femmes des maris souillés dans leur honneur par les délits ou par les crimes les plus avilissants, ou bien infectés, dans leur corps, et par leurs vices, des plus hideuses maladies !

Tant que vous n'aurez pas concilié ces deux morales, on aura le droit de vous dire : acceptez le divorce dans tous les cas où le maintien du mariage est un supplice, ou bien rejetez le divorce même dans le cas de condamnation à une peine perpétuelle.

La perpétuité n'est pas, à vos yeux, une circonstance décisive, puisque, limitant votre proposition, vous en exceptez le cas de déportation, à cause du caractère politique de la peine.

Passons sur ces objections. Avez-vous, du moins, en votre faveur l'autorité de la loi de 1816? — Vous le prétendez.

« Dites que la dissolution facultative (en cas de peine perpé- « tuelle) est un divorce, je ne cesserai pas de répéter que la « loi de 1816 n'avait pas aboli un divorce autrement grave, la « dissolution *ipso jure*. »

Ne donnez-vous pas, mon cher collègue, du silence gardé par cette loi sur l'effet de la mort civile, une explication qui aurait bien étonné les législateurs de 1816?

« On comprend, dites-vous, que la loi du 8 mai 1816 n'ait « pas voulu que le divorce pût être prononcé pour une con- « damnation infamante quelconque ; elle a jugé que cette rai- « son n'était pas assez grave, ou qu'au moins, *pour de tels*

[1] *Loc. cit.*, p. 62.
[2] *Loc. cit.*, p. 61.

« *faits la séparation de corps était un remède suffisant.* »

La loi de 1816 aurait donc jugé que la séparation de corps n'était pas un remède suffisant pour les crimes entraînant une peine perpétuelle, et que le divorce de plein droit était, dans ce cas, le remède nécessaire!

Mais cela est tout à fait invraisemblable. Vous en donnez la raison péremptoire : « J'en conviens ; si la loi civile ne « doit être que la consécration du principe catholique *Quod* « *Deus conjunxit homo non separet*, ma proposition est insou- « tenable. »

Est-ce que le motif suprême, je ne dis pas le motif unique, des législateurs de 1816, n'était pas le dogme catholique, c'est-à-dire, la maxime précitée? — La discussion ne laisse aucun doute : « Si le mariage est indissoluble par son institution et sa nature, *si la religion de l'État le déclare tel*, si l'intérêt de la société exige qu'il le soit, comment la loi civile pourrait-elle admettre le divorce? » (*Rapport* de M. de Trinquelague à la Chambre des députés [1].)

Vous demanderez : Pourquoi le législateur de 1816 n'a-t-il pas aboli la dissolution par la mort civile?

On peut répondre qu'il y a eu de sa part inadvertance — cela se voit même chez le législateur — que, préoccupé du *divorce*, il n'a pas songé *à la mort civile*; ou bien, qu'il n'a pas voulu modifier la loi pénale, incidemment à une réforme de la loi civile; ou bien, qu'il a été, comme Treilhard et beaucoup d'autres législateurs, fasciné par la fiction de la mort civile, et que la fausse image de la mort naturelle lui a caché la blessure que la dissolution de plein droit faisait au dogme de l'indissolubilité.

Aucune de ces suppositions n'est invraisemblable. Peut-être est-il encore quelque explication admissible du silence de la loi de 1816.

Mais il est impossible 1° que le législateur de ce temps ait trouvé juste et moral de maintenir un cas *de divorce*; 2° que, regardant le divorce, dans le cas de peine perpétuelle, comme le remède nécessaire au malheur de l'époux innocent, il ait voulu le divorce aggravé, la dissolution de plein droit. Placé au point de vue que vous lui prêtez, le législateur de 1816

[1] Locré, t. V, p. 446.

Digitized by Google

aurait, du moins, aboli l'iniquité qui révoltait déjà le premier Consul.

Admettons que vous ayez trouvé la véritable explication de la loi de 1816, vous n'espérez certainement pas, mon cher collègue, satisfaire les partisans du divorce, en ne leur accordant la dissolution facultative que dans le seul cas de condamnation à une peine perpétuelle.

D'autre part, vous ne paraissez pas disposé à faire à la doctrine du divorce de larges concessions. « Je comprends, dites-« vous, qu'au point de vue de la morale, le législateur ait « repoussé le divorce dans les cas où le Code l'admettait, « d'autant plus que le Code ne s'était pas montré sévère sur « les causes. »

Dès lors, après les expériences, que j'avais rappelées, de 1803, de 1831, de 1833 et de 1834 [1], il eût été fort à propos d'indiquer, comment, par quel principe, vous saurez retenir le législateur que vous aurez replacé sur la pente du divorce.

Vous dites : « Il ne s'agit pas de traiter la question générale du divorce [2]. » — Sans doute. — Mais il s'agit d'engager ou de ne pas engager le législateur dans une voie qui le conduirait fatalement à la restauration du divorce.

Enfin, et pour conclure sur les deux propositions, ne serait-il pas contradictoire de déclarer, si les parties le demandent, la célébration religieuse élément ou solennité du mariage civil, puis d'autoriser l'une des mêmes parties à rompre ce mariage, malgré l'autre, au mépris de la loi religieuse qu'elles auront toutes deux reconnue? Ne faudrait-il pas au moins, mon cher collègue, compléter la révision de l'article 76 du Code en y insérant que la mention de la célébration religieuse dans l'acte civil « emportera renonciation à toute nullité fondée « sur les usages et règlements en matière de célébration reli-« gieuse » et, dans le cas de demande en *dissolution facultative*, à toute fin de non-recevoir fondée sur les dogmes religieux? — Mais je retombe dans une objection que je vous avais proposée [3].

[1] T. XXVIII, p. 361 et 362.
[2] M. Batbie, t. XXX, p. 61.
[3] T. XXVIII, p. 351.

Digitized by Google

Déjà, je le crains, j'ai gardé trop longtemps la parole. — Mon excuse auprès de vous et auprès du lecteur sera le charme et l'utilité que la discussion avec un adversaire savant, habile et courtois offrait à votre collègue et ami, A. DUVERGER.

(*La suite à une autre livraison.*)

COMMENT LE SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

DISPARUT DE LA LÉGISLATION FRANÇAISE,

Par M. Arthur DESJARDINS,
avocat général près la Cour impériale d'Aix [1].

Le sénatus-consulte Velléien, au XVIe siècle, était en vigueur dans presque tout le royaume. Mais dans presque tous les ressorts de Parlements, malgré l'opposition persévérante de quelques jurisconsultes [2], on réservait à la femme le pouvoir d'y renoncer. La question semblait moins facile à résoudre quand il s'agissait de l'authentique *si qua mulier*. On soutint avec succès, le 14 août 1586, devant le parlement de Paris que les obligations contractées au mépris de cette authentique ne pouvaient être ratifiées [3]. Il est vrai qu'on avait souvent fait une différence entre la faculté de ratifier et celle de renoncer. La faculté de renoncer à l'authentique elle-même prévalut, en définitive, à Paris. « Toutefois, dit Bacquet [4], on approuve la « renonciation faite à ladite authentique tout aussi qu'au Vel- « léien, comme introduite en faveur des femmes et que par la « disposition de droit, on peut renoncer à ce qui est introduit « en sa faveur. Combien qu'on ne peut renoncer à ce qui a été

[1] Cet article est extrait d'un mémoire mentionné honorablement par l'Académie des sciences morales et politiques.

[2] Franç. Douaren, *In tit. ad s.-c. Vell.*, II, p. 156; — Conain, VI, c. 8, *eo d. tit.*, etc.

[3] Bacquet, *Traité des droits de justice*, c. 21.

[4] Même chapitre.

Digitized by Google

« introduit *non solum in favorem sui, sed in odium alterius.* « Et pour cette cause le fils de famille ne peut renoncer au « Macédonien. »

La renonciation pure et simple au sénatus-consulte Velléien et à l'authentique, d'abord pratiquée, parut à la longue offrir de tels dangers que le Parlement de Paris, par un arrêt de règlement du 29 juillet 1595, enjoignit aux notaires de faire aux femmes, avant tout contrat, un cours de droit romain sur ces matières et de mentionner tout au long leurs explications dans la minute et dans la grosse « à peine d'en répondre en « leur nom et d'être condamnés aux dommages-intérêts des parties[1] ». Cet arrêt consacrait expressément la faculté de renoncer à l'authentique, ce qui n'empêcha pas l'avocat-général Servin de soutenir avec succès devant le Parlement, le 11 janvier 1605, que l'obligation contractée par la femme au mépris de l'authentique ne pouvait pas être *ratifiée* même par un consentement mille fois réitéré[2]. C'était une subtilité déjà embarrassante pour les notaires. Mais l'obligation d'expliquer aux femmes tout le mécanisme des lois romaines l'était bien plus encore. De là d'innombrables et inextricables procès. Les notaires étaient aux abois. Le 28 février 1602, le Parlement de Paris, infirmant une sentence du présidial de la Flèche, déclara de nouveau un notaire responsable de l'inexécution de son arrêt de règlement et, de plus, le suspendit pour un mois sur les conclusions de Servin. Servin fit observer à ce propos que les notaires ne pouvaient guère faire comprendre aux femmes cette partie de la législation romaine parce qu'ils ne la comprenaient pas eux-mêmes et déclara qu'un édit était nécessaire[3]. Jacques l'Echassier, docte avocat au Parlement de Paris, publia vers la même époque un mémoire sur cette question. Le chancelier Sillery s'émut et après en avoir conféré, soit avec l'Echassier, soit avec Pasquier[4], fit signer à Henri IV, au mois d'août 1606, un édit abrogeant le sénatus-consulte Velléien et l'authentique *si qua mulier*.

Le préambule de l'édit déclarait qu'il fallait couper court aux *infinis procès* enfantés par ces institutions, et dépeignait en

[1] V. *Questions de Bretonnier* (éd. 1771), t. I, p. 260.
[2] *Dict. des arrêts*, v° *Velléien*.
[3] *Notables et singulières quest.*, de Chenu, quest. 55.
[4] Froland, *Mém. touchant le sénatus-consulte Vell.*, p. 52.

Digitized by Google

termes très-vifs l'embarras des notaires. « Toutes ces défec-
« tuosités, disait enfin le roi, ont porté nos sujets à nous faire
« plusieurs grandes plaintes et doléances : auxquelles voulant
« remédier et pourvoir à leur soulagement, ordonnons que doré-
« navant les Notaires et Tabellions de notre Royaume géné-
« ralement quelconques ne pourront ès brevets, contrats, obli-
« gations et autres actes passés devant eux, insérer les
« renonciations auxdits droits ci-dessus ni en faire aucune
« mention à peine de suspension de leur charges, d'amende
« arbitraire et des dépens, dommages et intérêts des parties.
« Demeureront néanmoins les dites femmes bien et dûment obli-
« gées, dans lesdites renonciations : et pour couper racine aux
« procès nés et à naître en nos cours de Parlement ou autres
« nos juridictions sur les choses et matières susdites non
« encore jugées et terminées entre nosdits sujets, Validons et
« autorisons par ces présentes tous et chacuns les contrats,
« brevets, actes et obligations ci-devant passés par les
« femmes... bien que lesdits droits n'aient été exprimés, in-
« sérés et étendus au long ou que la renonciation d'iceux
« droits ait été entièrement omise, pour être lesdits contrats
« de tel effet, force et vertu, comme si toutes ces formes y
« eussent été bien gardées et observées... ». On avait déjà pressenti l'opinion du Parlement de Paris, quoiqu'à vrai dire Servin ne fût pas allé si loin. Les sénatus-consulte et l'authentique, d'ailleurs, ne se combinaient pas toujours facilement avec les règles de la communauté. Ce Parlement ne trouva donc pas le remède trop énergique et enregistra l'édit le 22 mai 1607.

Mais devait-il l'appliquer aux pays de droit écrit qui se trouvaient dans son ressort, c'est-à-dire au Lyonnais, au Forez, au Beaujolais et au Mâconnais? L'édit de 1606, disait-on, n'y avait pas abrogé la loi *Julia*, qui défendait aux femmes d'engager par leurs contrats, même indirectement, leur patrimoine dotal, et le Parlement de Paris, malgré l'édit de 1606, annula plusieurs fois des obligations contractées par les femmes de ce pays. Le prévôt des marchands et les échevins de Lyon s'adressèrent à Louis XIV qui, par des lettres patentes d'avril 1664, enregistrées le 20 août de la même année, « interprétant en
« tant que de besoin l'édit de 1606 et voulant faire cesser sur
« cela la diversité des jugements », valida toutes les obliga-

Digitized by Google

tions contractées ou à contracter par des femmes mariées à Lyon, dans le Lyonnais, le Mâconnais, le Forez et le Beaujolais. Les femmes y pourraient à l'avenir obliger valablement, sans aucune distinction, leurs biens dotaux ou paraphernaux et « sans avoir égard, ajoutait Louis XIV, à la disposition de « la susdite loy Julie que nous avons abrogée et abrogeons à « cet égard. »

Les questions de procédure et les divergences de jurisprudence n'avaient pas à elles seules déterminé la promulgation de ces deux édits. Soit en 1606, soit en 1664 la noblesse était obérée : la législation sur les substitutions empêchait les gentilshommes d'engager leur patrimoine, et, si les femmes ne s'en mêlaient pas, ceux-ci ne pouvaient guère se procurer d'argent « dans les occasions où il s'agit de notre service, comme « disait l'ordonnance de 1664, ou de parvenir à des emplois « qui les mettent en état de nous en rendre. » Cette ordonnance ajoutait que le trésor royal faisait parvenir des sommes importantes par l'entremise des négociants lyonnais aux officiers et autres personnages employés au service du prince dans les pays les plus éloignés et que, pour avoir des garanties suffisantes, il fallait permettre à leurs femmes de s'engager pour eux; que d'ailleurs toutes ces entraves nuisaient à la prospérité d'un pays commerçant.

Cependant, dans le ressort du Parlement de Paris, ces ordonnances ne prévalurent pas contre les coutumes. Bretonnier disait[1] « que l'édit ne dérogeait qu'à la disposition du droit. » Les prohibitions des coutumes de la Marche et de l'Auvergne subsistèrent en effet après 1606. Le Parlement de Paris le jugeait encore ainsi, pour la Marche, le 4 mars 1767[2]. Bretonnier soutient aussi[3] que l'édit n'avait pas abrogé l'article 381 de la coutume du Poitou, et Guyot, dans son Répertoire, paraît adopter cette opinion : cependant Brodeau sur Louet[4] et les commentateurs de la coutume du Poitou, Barraud, Constant, Boisseau de la Borderie sont d'un avis contraire. On soutint encore devant le Parlement de Paris, le 4 mai 1770, que le Vel-

[1] *Questions*, t. I, p. 260 et s.
[2] Arrêt cité par Denisart (9e édit.), v° *Velléien*.
[3] *Loc. cit.*
[4] Lettre V, somm. 7.

Digitized by Google

léien devait être appliqué dans le ressort de la coutume de Saintes [1].

Le parlement de Bourgogne n'enregistra l'édit d'Henri IV que le 4 août 1709, mais étendit immédiatement l'application de cet édit aux pays de droit écrit situés dans son ressort [2].

Nous avons vu qu'aux termes de l'article 197 de la coutume de Bretagne, réformée en 1580, les femmes, en principe, ne pouvaient s'obliger. M. de Perchambault, président au Parlement de Bretagne, critiqua vivement, au témoignage de Froland [3], ce nouvel article 197, et non sans quelque raison. Les notaires, en effet, furent prompts à introduire l'usage des renonciations dans la pratique de la province, sans s'astreindre même à mentionner dans l'acte les explications données aux femmes contractantes sur la nature et l'étendue de leur incapacité. L'arrêt de règlement rendu par le Parlement de Paris le 29 juillet 1595, les nombreuses condamnations prononcées contre les notaires de ce ressort les effrayèrent, et ils obtinrent (10 mars 1602) une déclaration du Conseil privé qui, tout en leur enjoignant de fournir ces explications à l'avenir, les déchargeait de toutes poursuites pour leur négligence passée. Mais les procès ne furent ni moins nombreux ni moins compliqués que dans le ressort de Paris après l'arrêt de 1595. Les notaires finirent par s'adresser encore au pouvoir royal et obtinrent, avec l'aide du premier président Pontchartrain, l'édit de décembre 1683 qui fut enregistré sur le champ par le parlement. Cet édit conféra définitivement aux femmes bretonnes la capacité de s'obliger pour autrui.

En novembre 1703, un semblable édit fut rédigé pour la Franche-Comté, et enregistré au Parlement de Besançon le 3 janvier 1704 [4].

Il n'en fut pas de même en Flandre. Nous avons, il est vrai, parlé plus haut d'un arrêt rendu à Malines, le 4 novembre 1600, par le conseil d'Artois, et qui, d'après Maillart, aurait aboli la nécessité des renonciations au Velléien. Mais Merlin, dans son Répertoire [5], atteste que le sénatus-consulte ne fut pas abrogé

[1] Denisart, *l. c.*
[2] Revel sur les statuts de Bresse, au titre *des Contrats des femmes.*
[3] P. 75.
[4] *Rép. de Guyot*, v° *Velléien.*
[5] V° *S.-c. Velléien.*

Digitized by Google

dans le ressort du Parlement de Flandre. La théorie romaine l'emportait à l'extrémité septentrionale comme dans les provinces méridionales de l'ancienne Gaule. Le conseil souverain de Frise[1] et tous les tribunaux de la Hollande appliquaient journellement le sénatus-consulte et l'authentique[2]. Grœnewegen, dans un traité sur les lois de la Hollande[3], rappelle expressément que le titre du Code *Ad senatus-consultum Velleianum* est abrogé en France, mais toujours suivi dans son pays avec les changements qu'y apporte la jurisprudence.

Le Parlement de Rouen refusa d'enregistrer l'édit de 1606, et, de toutes les cours souveraines, aucune ne maintint plus rigoureusement cette incapacité. Le comté d'Eu était situé dans le duché de Normandie et compris dans le ressort du Parlement de Paris. De plus, ses habitants prétendaient avoir une coutume particulière rédigée en 1580, dont deux articles maintenaient le sénatus-consulte Velléien, tel qu'il était observé, non pas à Rouen, mais à Paris avant l'édit de 1606. Fallait-il appliquer dans le comté d'Eu, depuis cet édit, l'ancienne jurisprudence du Parlement de Paris ou le droit postérieur à l'ordonnance ou les usages de la Normandie? Froland rappelle que « les États ne mirent point la dernière main aux cahiers « de la coutume d'Eu; que ces cahiers ne furent point exami- « nés par les commissaires délégués à cet effet ni homologués « par le prince; » il cite un arrêt du 16 avril 1714 qui maintient le Velléien dans le comté d'Eu et pense que ce comté doit être rangé sous l'autorité du droit normand.

L'édit ne fut pas enregistré par le Parlement de Toulouse. Mais cette compagnie admettait qu'un statut particulier pût déroger au sénatus-consulte ou à l'authentique. On sait pourtant qu'elle finit par cesser d'appliquer les dispositions contraires de la coutume de Toulouse.

Les Parlements de Bordeaux et de Pau continuèrent d'appliquer le Velléien. La coutume d'Angoumois ne réitérait pas expressément les prohibitions de la loi romaine; mais Pierre Gaudillaud, qui commenta la coutume en 1614, examine longuement une question controversée sur l'application de l'au-

[1] Sande, *Decis. fris.*, liv, III, tit. 11.
[2] Voet, *Ad s.-c. Vell.*
[3] Amsterdam, 1669.

Digitized by Google

thentique *si qua mulier* et ne semble pas même soupçonner qu'elle ait été abrogée par une ordonnance royale.

Le Parlement de Grenoble appliquait encore les lois romaines sur l'intercession des femmes. La Savoie les observa comme le Dauphiné. L'*Abrégé de la justice ecclésiastique et séculière du pays de Savoie*, publié en 1674 par Emmanuel de Ville, résume la thèse du sénatus-consulte et de l'authentique; la jurisprudence du sénat de Chambéry sur le Velléien, si bien exposée par Faber, préoccupe encore Bretonnier dans ses questions de droit.

Dès 1690, les gens du roi, dans une déclaration rédigée à Aix, avaient fait savoir que le Velléien était maintenu et rigoureusement observé en Provence [1]. Le Parlement de Provence l'appliqua jusqu'à la Révolution. Enfin les conseils souverains de Perpignan et de Colmar n'enregistrèrent ni l'un ni l'autre l'édit de 1606.

Le sénatus-consulte Velléien, qui gouverna presque tout le royaume jusqu'en 1606, en gouvernait encore la plus grande partie à la fin du XVIIIe siècle. Il ne disparut pas même avec les Parlements.

Merlin mentionne dans son Répertoire [2] deux arrêts du tribunal de cassation, dont l'un (2 messidor an IV) annule un jugement du tribunal de Narbonne, dont l'autre (2 nivôse an IX) rejette un pourvoi dirigé contre un jugement du tribunal de Caen. Dans la première espèce, une femme munie d'une procuration avait vendu un bien de son mari et s'était obligée personnellement à garantir l'acquéreur; celui-ci avait été évincé par les héritiers du mari, parce que la procuration ne conférait pas à la femme le pouvoir de vendre : le jugement de Narbonne qui avait admis cet acquéreur à exercer son recours contre la femme fut cassé pour violation du sénatus-consulte. Dans la seconde espèce, le tribunal de Caen (11 messidor an VIII) avait annulé, par application du sénatus-consulte, le cautionnement souscrit par une mère au greffe d'un tribunal de commerce pour tirer son fils de prison.

Mais le premier projet de Code civil, sur lequel Cambacérès fit son rapport à la Convention le 9 août 1793, ne disait plus

[1] Arrêts du Parlement de Provence recueillis par Janety (année 1779).
[2] V° *S.-c. Vell.*

Digitized by Google

un mot du Velléien. Les filles et les veuves recouvraient sans restriction, dans toute la France, la capacité de s'obliger : les femmes mariées conquéraient une situation nouvelle : « Les « époux ont et exercent un droit égal pour l'administration « de leurs biens. Tout acte emportant vente, engagement ou « hypothèque sur les biens de l'un ou de l'autre, n'est valable « s'il n'est consenti par l'un et l'autre des époux [1]. » C'était, d'après Cambacérès, une conséquence des principes d'égalité consacrés par la Révolution française. Cependant on leur défendait « toute stipulation d'avantage, singulier ou réci- « proque, qui excèderait le dixième du bien de chacun « d'eux [2]. » Cette unique prohibition défendait, dans le projet, le patrimoine de la femme contre le mari.

Dans le second projet (23 fructidor an II), cette entrave disparut, et le principe contraire était posé par l'article 47 dans les termes suivants : « Les époux peuvent s'avantager à leur gré... » Les articles 149 et 150 abrogeaient tacitement le sénatus-consulte Velléien. Le premier proclamait l'annulabilité des contrats pour erreur, dol ou violence grave, et le second déclarait que « nul ne peut être relevé de ses engagements pour d'autres causes. » On peut appliquer au sénatus-consulte et à l'authentique *si qua mulier* ces termes du rapport de Cambacérès : « La première de toutes les règles, la plus « inviolable est celle qui ordonne de respecter le contrat aus- « sitôt qu'il est l'effet d'une volonté libre et éclairée; la loi en « fait une obligation et la probité un devoir. » On supposait toujours, il est à peine besoin de le dire, une volonté parfaitement libre et éclairée chez la femme à une époque où l'on proposait de lui conférer les mêmes droits qu'au mari sur l'administration des biens.

Cependant on abandonnait dans le troisième projet (messidor an IV) ce ridicule système de l'administration commune. Cambacérès se critiquait lui-même, dans le discours préliminaire, avec une justesse parfaite. « Remarquez en effet que « l'administration commune serait perpétuellement entravée, « et que la diversité d'opinions sur les plus petits détails opè- « rerait bientôt la dissolution du mariage. » Il était enfin

[1] Art. 11 et 12 du tit. III.
[2] Art. 3 du même titre.

Digitized by Google

question, dans ce troisième discours préliminaire, de notre sénatus-consulte. « Il nous paraît inutile, disait Cambacérès, « de prononcer par une disposition expresse l'abrogation du « sénatus-consulte Velléien; le privilége ou la sauvegarde que « cette loi accordait aux personnes du sexe ne doit plus sub- « sister. La femme mariée en communauté ne peut ni agir ni « s'obliger sans l'autorisation de son mari; méconnaître cette « règle, ce serait anéantir l'administration justement confiée à « l'époux dans la société conjugale. Mais à l'égard de la femme « non mariée ou de celle qui a conservé la régie de ses biens, « tous les engagements qu'elle prend doivent avoir la même « solidité que les engagements contractés par les hommes; « comme eux, elle doit avoir le droit de disposer de sa per- « sonne et de ses biens. » Nous apprécierons ce système dans notre dernier chapitre. Remarquons seulement qu'on effleure à peine la question, tant elle paraît simple; le jurisconsulte ne voit pas de raison pour frapper d'incapacité les filles ou les veuves; quant aux autres, il craint avant tout de les soustraire à la puissance maritale.

On ne mentionne plus le sénatus-consulte Velléien dans le projet présenté par Jacqueminot, le 30 frimaire an VIII, à la commission législative du conseil des Cinq-Cents, ni dans le projet présenté le 24 thermidor an VIII par la commission du gouvernement et envoyé à tous les tribunaux d'appel.

On aurait pu croire que les tribunaux d'Agen, d'Aix, de Bordeaux, de Caen, de Nîmes, de Toulouse protesteraient contre l'abrogation d'une législation si fortement enracinée dans leurs provinces, ou du moins adresseraient quelques réflexions au gouvernement sur la situation nouvelle imposée par le projet aux femmes mariées dans leurs ressorts : où la femme était libre de gérer à son gré sa fortune paraphernale, on introduisait uniformément le principe de l'autorisation maritale, tout ensemble on renversait les barrières qui protégeaient spécialement son patrimoine contre la puissante influence du mari.

Seul, le tribunal d'appel de Grenoble hasarda une timide observation : « Le titre 5 du livre III, dit-il, ne présente au- « cune disposition relative à la question de savoir si les filles, « les veuves et les femmes divorcées peuvent cautionner pour « autrui. L'intérêt et la faveur dus à la faiblesse de leur sexe

Digitized by Google

« n'exigeraient-ils pas qu'il leur fût prohibé de cautionner « pour autrui ou, tout au moins, avant l'âge de vingt-cinq ans « accomplis? »

Le tribunal d'appel de Montpellier fut frappé de l'empire excessif que le nouveau Code allait conférer au mari sur tout le patrimoine, même paraphernal, de la femme. Cet empire, disait-il, ne peut s'étendre au delà de la personne et ne doit pas avoir prise sur les biens. Sans stipulation particulière, les biens des époux doivent être hors le contrat, et chacun rester libre dans leur administration. Le projet met la femme sous le joug alors même qu'elle s'est expressément réservé la jouissance de ses biens, c'est-à-dire lorsqu'elle n'a pas voulu que son mari les gérât ou en profitât. « Il se fonde sans doute, « ajoutait le tribunal, sur la présomption de l'incapacité de la « femme mariée de gérer les affaires; comme si les veuves et « les femmes non mariées n'étaient pas dans le même cas de « cette présomption d'incapacité ou de minorité; comme si « l'aptitude des femmes pour les affaires pouvait être mécon- « nue. » Le tribunal, on le voit, paraissait éloigné de chercher un remède dans le Velléien, car il heurtait directement le principe fondamental sur lequel avaient, depuis si longtemps, reposé les prohibitions générales de ce sénatus-consulte. Cependant un peu plus loin, dans une attaque vigoureuse dirigée contre le régime de la communauté, il s'exprimait en ces termes : « Peut-être même que dans ces climats méridionaux « un pareil usage trouverait encore plus d'inconvénients que « dans la France septentrionale. Si ici l'aptitude des femmes « pour les affaires laisse moins de différence entre elles et les « hommes, il est certain qu'il y aura moins d'inégalité dans la « mise en société de leur travail et de leur industrie, et que, « par conséquent, le partage égal des profits et des pertes sera « une disposition de la loi projetée qui sera d'autant moins « injuste. *Mais si le premier des rapports n'est plus le même en « changeant de climat,* il ne restera alors qu'un résultat faux « et injuste, une égalité de profits pour une frappante inégalité « de mise. » « Que la loi, disait-on enfin, vienne donc au « secours des femmes mariées, non par l'établissement de la « société des biens, mais d'une manière plus analogue à leur « situation, à l'intérêt des maris et à la tranquillité des familles. « Qu'elle leur assure efficacement la conservation de leurs

Digitized by Google

« biens et de leurs dots. » On a peine à comprendre comment, après des réflexions si vives, il n'est pas dit un mot sur l'abrogation complète de l'ancienne loi relative à l'intercession des femmes, au moins des femmes mariées.

Il est naturel, au contraire, que le tribunal d'appel de Paris, encore imbu des idées qui dictèrent l'édit de 1606, n'ait pas même songé à ce remède, lorsqu'il indiquait l'inconvénient d'une disposition qui faisait remonter, conformément à la jurisprudence du Parlement, l'hypothèque légale au jour du mariage pour l'indemnité des dettes contractées avec le mari. Le mari débiteur, grâce à cette jurisprudence, faisait souscrire à sa femme des engagements de complaisance et primait sous le nom de celle-ci les autres créanciers hypothécaires. « Aussi « tous les gens sages, disait le tribunal d'appel, qui contrac- « tent avec un homme marié exigent que la femme s'oblige « solidairement avec son mari; à ce moyen ils ne craignent « plus l'hypothèque de la femme dont les droits, au contraire, « leur sont dévolus... Mais c'est ce qui fait voir l'illusion de « cette injuste faveur accordée à la femme par le Parlement « de Paris; car, en vertu de son obligation, qui intervient « presque toujours, non-seulement elle perd tout le fruit du « recours qu'elle aurait eu sur les biens de son mari, mais son « propre bien se trouve engagé. » Pour obvier à ces inconvénients, le tribunal de Paris pouvait moins que tout autre faire revivre le sénatus-consulte et l'authentique *si qua mulier*.

Mais il n'en était pas de même du tribunal d'appel de Rouen. C'est en Normandie que le sénatus-consulte avait jeté ses plus profondes racines, et il semblait que, si quelque protestation pouvait se faire entendre, elle dût partir de cette province. Le tribunal de Rouen commence, en effet, par indiquer avec force les vices de la législation nouvelle : « Nous croyons, « dit-il, les précautions des rédacteurs du Code fort insuffi- « santes, en tant qu'ils permettent au mari d'aliéner, d'accord « avec la femme, les biens dont elle est propriétaire, sans lui « ménager ultérieurement des sûretés à toute épreuve. Souvent « les femmes ne consentent à ces aliénations que parce que « le mari les trompe sur sa situation réelle ou parce qu'elles « s'y trouvent forcées par l'état délabré de ses affaires... « Disons plus : la plupart des femmes sont sans expérience en « affaires; elles sont presque toujours entraînées par leurs

Digitized by Google

« sensations ou leurs sentiments. S'il ne faut au mari que leur « consentement pour dissiper leur fortune, elles seront infail- « liblement victimes des caresses, des insinuations et des sur- « prises. Il est donc indispensable que la loi veille efficacement « pour elles, et les protége dans tous les cas contre leur propre « faiblesse. Disons plus encore, c'est l'ordre social et public « qui tient les femmes dans la dépendance du mari et dans « l'ignorance de leurs propres intérêts; il faut donc qu'elles « trouvent dans cet ordre social et public une garantie qui les « en dédommage. C'est la loi même qui les place dans une « position où leur *consentement* ne saurait être en effet ni libre « ni éclairé; il faut donc que la loi, si elle veut être juste, les « mette à l'abri de tous les abus de ce *consentement* même. » On croirait que le tribunal d'appel de Rouen va chercher un remède à tant d'inconvénients dans le rétablissement du Velléien et de l'authentique, autrefois partie intégrante du « droit public » de la province; il le cherche partout, excepté là.

Personne, au Conseil d'État, ne réclama contre l'abolition définitive du sénatus-consulte Velléien.

Il n'en fut pas de même au tribunat. Carion-Nisas proposa le rejet du titre *du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, et s'exprima ainsi le 19 pluviôse an XII : « Ces dispo- « sitions des lois romaines qui sauvent l'être timide et sans dé- « fense de sa propre séduction et de toute autre influence fu- « rent, à ce que nous apprennent les écrivains, longtemps en « honneur dans presque toute la France. Sous Henri IV seule- « ment, et après les plus grands désordre des guerres civiles, « un édit royal abrogea en plusieurs endroits l'autorité du « sénatus-consulte Velléien, qui jusque-là faisait loi en cette « matière. Hier encore, j'entendais un homme grave, un député « de Lyon, regretter le temps où son intéressante cité était « régie par ce sénatus-consulte dont les dispositions sont pro- « tectrices des familles. Ce sénatus-consulte fameux est fort « court et donne une seule raison fort simple des dispositions « qu'il statue; mais cette raison est prise dans la nature, et « les commentateurs la font valoir avec beaucoup de sagacité. « C'est en effet un aperçu qui n'a point échappé aux esprits « observateurs que les femmes, aussi affectionnées au moins « à la conservation de la chose domestique que les hommes,

Digitized by Google

« mais ayant plutôt les précautions actuelles et la prudence du « moment que la lointaine prévoyance de l'avenir, engageront « souvent avec légèreté, hypothèqueront avec trop de complai- « sance le même bien qu'elles ne consentiraient ni à dissiper « ni à vendre sur le champ... Ainsi dérive de la nature et par « conséquent de la raison la loi qui accorde aux femmes une « protection spéciale, toujours nécessaire et dans l'âge de la « force, qui pour elles est celui des faiblesses, et dans l'âge de « la maturité, si voisin pour elles des extrémités de l'exis- « tence. » Le tribun Albisson qui répondit à Carion-Nisas dans la même séance ne réfuta pas spécialement cette partie de son discours.

Il ne fut plus question du sénatus-consulte Velléien quand on discuta le titre du cautionnement : le tribun Goupil-Préfern ne le mentionna pas une seule fois dans le discours qu'il fit contre le projet. « La loi, disait Chabot (de l'Allier) le 21 plu- « viôse an XII, n'a pas besoin de veiller aux qualités que doit « avoir la caution conventionnelle; elle en laisse le soin au « créancier qui pourvoit à sa sûreté ainsi qu'il lui plaît. A l'é- « gard des cautions légales et judiciaires, le projet de loi exige « trois choses : capacité de contracter, solvabilité et facilité « pour les poursuites. Les mineurs, les interdits, les femmes « mariées non autorisées par leurs maris ou par justice ne peu- « vent être reçus cautions légales ou judiciaires, parce qu'ils « n'ont pas la capacité de contracter. »

Le code civil abolit donc définitivement en France le sénatus-consulte Velléien. On se demanda seulement à quel moment précis remontait l'abrogation. Le tribunal de la Seine, repoussant la prétention d'une femme normande qui avait, le 25 germinal an XI, passé un acte prohibé par le sénatus-consulte voulut, par un jugement du 16 germinal an XIII, faire coïncider cette abrogation avec la promulgation de l'article 217 (26 ventôse an XI) : mais, sur l'appel de la demanderesse, la cour de Paris, le 4 frimaire an XIV, annula l'engagement contracté au mépris du sénatus-consulte, jugeant que l'abrogation remontait seulement à la promulgation de l'article 1123 (17 pluviôse an XII). Quant aux actes de cautionnement souscrits depuis cette époque par une femme mariée avant le code civil dans les pays régis par cette loi, la jurisprudence les déclara valables (Turin, 23 février 1807, Rouen, 4 février 1808, Cass.

Digitized by Google

27 août 1810, Rej. 5 mars 1811[1], Cass. 17 août 1813[2]). Il est au pouvoir du législateur, disait très-bien la cour suprême, d'abolir pour l'avenir les statuts personnels sans donner pour cela un effet rétroactif à la loi ni enlever des droits acquis : le sénatus-consulte était un statut personnel et non un statut matrimonial, puisqu'il atteignait les veuves et les filles comme les femmes mariées : par conséquent, en abrogeant ce sénatus-consulte, l'article 1123 et la loi du 30 ventôse an XII l'ont aboli pour les femmes qui se trouvaient mariées au moment de la publication du code comme pour celles qui ne l'étaient pas[3]. Cependant la cour suprême décida par deux arrêts (Rej. 11 avril 1834, Cass. 25 mars 1840) que les femmes mariées sous l'empire de la coutume d'Auvergne n'avaient pu valablement s'obliger pour leurs maris, même depuis la promulgation du code : l'article premier, titre 18, de cette coutume, qui contenait la prohibition, formait, d'après la cour, un statut réel d'autant plus irrévocable qu'il avait le caractère d'une convention tacite sous la foi de laquelle le mariage avait été contracté : dès lors le code civil, en accordant à la femme le droit de s'obliger pour son mari, n'avait pu relever la femme, mariée sous l'empire d'une législation antérieure, d'une pareille incapacité, de même qu'il n'aurait pu porter atteinte aux autres conventions matrimoniales. La cour de Limoges, dans l'arrêt cassé le 25 mars 1840, avait précisément soutenu que la prohibition de la coutume d'Auvergne se rattachait au statut personnel.

Il nous reste à chercher pourquoi le système du sénatus-consulte Velléien fut ainsi abandonné par les rédacteurs de nos dernières lois civiles.

Elles se rédigeaient à Paris. On sait quelle influence la coutume de Paris, la jurisprudence du Parlement de Paris exercèrent sur le projet de code civil. Il n'en fut presque jamais autrement dans notre pays, et nos assemblées ont suivi trop souvent, dans la confection des lois, le système de la Convention qui, voulant changer le nom des mois d'après les climats, ne consulta que le climat de la capitale. Il est clair que si le Code avait été fait à Grenoble ou à Toulouse, on aurait au moins

[1] Sirey, 7, 2, 818; 9, 2, 397; 11, 1, 40; 11, 1, 180.

[2] Cité par Favard de Langlade dans son *Répertoire*.

[3] *Sic* Chabot, *Quest. trans.*, v° *S.-c. Vell.*, n° 4; — Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 3, art. 1; — Troplong, n° 185.

Digitized by Google

pris la peine de discuter le système du sénatus-consulte Velléien. La question avait été tranchée pour le ressort de Paris : elle était tranchée par cela même, aux yeux du plus grand nombre, pour toute la république.

On pouvait d'ailleurs avoir gardé le souvenir des nombreux procès que le système aboli par Henri IV suscitait devant toutes les juridictions. Quelles difficultés la faculté de renonciation n'avait-elle pas fait naître! Quand pouvait-elle s'exercer, comment, dans quels termes, après quelles formalités? Les conséquences d'un contrat restaient indéfiniment incertaines et pour les parties et pour les notaires eux mêmes : on avait voulu étendre la responsabilité des notaires jusqu'à leurs veuves! On sait encore à quel point les règles de la communauté venaient compliquer la situation : quelle était l'influence de ce régime matrimonial sur le contrat lui-même? quelles étaient les suites d'une acceptation ou d'une renonciation? Mais la divergence des jurisprudences enfantait des problèmes bien plus inextricables: le sénatus-consulte Velléien n'était pas le même à Rouen et à Paris, à Aix et à Toulouse : quel système appliquer dans un ressort quand la femme était domiciliée dans l'autre? Chaque parlement n'avait-il pas dû naturellement essayer de faire prévaloir sa propre interprétation sur une interprétation qu'il réputait vicieuse? Ces difficultés secondaires avaient discrédité le sénatus-consulte Velléien, même sous l'ancienne monarchie.

Elles ne se présentaient pourtant guère, à vrai dire, à l'esprit de Cambacérès, quand il avait rédigé son rapport sur le troisième projet de Code civil. Il y avait, croyait-il, plus d'inconvénients que d'avantages à interdire aux femmes, d'une manière générale et absolue, de s'obliger pour autrui. Telle était encore, assurément, la pensée principale des rédacteurs du Code.

Dans l'état des mœurs françaises au commencement du XIXe siècle, il n'y avait à craindre sérieusement, ce semble, que l'intercession de la femme pour le mari. Pourquoi ne s'est-on pas même arrêté à cette prohibition spéciale?

La véritable lutte était engagée sur un autre terrain. Supprimerait-on, maintiendrait-on le régime dotal? Le maintien de ce régime avait été l'objet des violentes réclamations adressées au gouvernement par le tribunal d'appel de Montpellier; tel fut

Digitized by Google

encore l'objet de la discussion au Conseil d'État. D'une part le triomphe était plus aisé sur ce point, parce que les prescriptions du régime dotal étaient purement facultatives, tandis que celles du sénatus-consulte Velléien rétabli fussent devenues obligatoires. D'autre part les provinces du Midi semblaient tenir beaucoup plus au régime dotal qu'au sénatus-consulte. La timide réclamation du tribunal d'appel de Grenoble ne suffisait pas pour faire modifier les dispositions du projet sur la capacité des femmes.

D'ailleurs les rédacteurs du Code s'étaient fait une très-haute idée de la puissance maritale. On sait quelle discussion s'éleva dans le Conseil d'État sur l'article 1388 : on défendait au mari de déroger d'abord aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme, ensuite aux droits qui appartiennent au mari comme chef. La femme dotale ne pourrait-elle donc plus aliéner ses paraphernaux sans autorisation? C'était le bouleversement du vieux droit écrit, et néanmoins les amendements proposés par Maleville, Bérenger, Bigot-Préameneu, furent rejetés après des réponses très-vives de Tronchet, de Treilhard et de Réal. Treilhard alla jusqu'à dire qu'on ne pouvait ôter au mari un pareil droit sans blesser l'ordre de la nature. On eût craint assurément d'ébranler un principe si vénéré en défendant à la femme de s'obliger pour son mari. Celui-ci devenait, même sous le régime de la séparation de biens et en dépit de l'article 1536, le chef puissant de l'association conjugale. Rien n'était moins conforme à l'esprit du Code civil que d'apporter à ce pouvoir une nouvelle restriction dans l'intérêt de la femme.

On ne pouvait pas prévoir, à cette époque, le prodigieux accroissement de notre fortune mobilière. Les rédacteurs du Code, en contemplant l'état de la fortune publique, songèrent sans doute qu'ils avaient assez fait pour les pays de droit écrit en maintenant l'inaliénabilité facultative du fonds dotal. La femme dotale pourra s'obliger : qu'importe si l'obligation n'est pas exécutoire sur son patrimoine immobilier? Qu'elle se constitue en dot tous ses biens présents et à venir, et la protection du Velléien lui devient inutile.

Ils purent croire encore qu'ils avaient fait assez en organisant sur un fondement solide, pour tous les régimes matrimoniaux, l'hypothèque légale de la femme. Tout le patrimoine

Digitized by Google

immobilier, c'est-à-dire en règle générale tout le patrimoine du mari la garantit contre les conséquences des engagements qu'elle prendrait témérairement pour le mari. Si cette hypothèque ne remonte plus dans tous les cas au jour du mariage, c'est que la jurisprudence excessive du Parlement de Paris avait fini par compromettre les intérêts du ménage et de la femme elle-même; mais, à partir du jour où elle contracte une dette avec son mari, elle prime encore les autres créanciers hypothécaires. On ne prévoit pas l'essor que prendra plus tard la théorie des subrogations à l'hypothèque légale de la femme. On ne manque pas de se dire que son engagement peut avoir d'heureuses conséquences pour le mari, pour elle-même et partant que ce système de précaution restreinte l'emporte dans bien des cas sur le système des prohibitions absolues.

Il y a des moments, dans la vie des peuples, où l'on cherche à ralentir l'essor immodéré de la spéculation. Les capitalistes, à certaines époques de paix et de prospérité, semblent pris du vertige et tombent dans le premier piége qu'on offre à leur crédulité. Mais il n'en était ainsi ni au commencement du XVIIe siècle ni au commencement du XIXe. En 1606 les suites des guerres religieuses fatiguaient encore le pays : en 1800 la France était épuisée par sa terrible révolution. Tout ce qui pouvait contribuer à réveiller le crédit et à faire circuler les capitaux français était avidement recueilli par le gouvernement du premier consul. Le moment eût été mal choisi pour rétablir les prohibitions portées contre les femmes au début de l'empire romain. En leur défendant de s'obliger, on frappait d'indisponibilité une partie de la richesse nationale. Ces réflexions économiques ne se retrouvent pas dans les travaux préparatoires; mais elles s'imposaient nécessairement aux rédacteurs du Code. En organisant le régime dotal, ils avaient cru faire une concession raisonnable aux préjugés du Midi, mais ils répugnaient évidemment à s'aventurer plus loin dans cette voie.

ARTHUR DESJARDINS.

Digitized by Google

LES BARBARES ET LEURS LOIS,

Par M. L. DE VALROGER, professeur d'histoire du droit à la Faculté de Paris.

(*Suite*[1].)

CHAPITRE XI.

LOI RIPUAIRE[2].

Cette loi d'une autre branche de la famille franque n'a pas donné lieu aux mêmes recherches que la loi salique. On n'en a encore d'autre texte que celui qui fut donné par les anciens éditeurs. La publication plus savante, fondée sur une nouvelle étude des manuscrits, qui doit paraître dans la collection de M. Pertz, est attendue avec impatience. Mais on sait, dès maintenant, que les manuscrits n'offrent point, à beaucoup près, la même discordance que ceux de la loi salique. Si l'on y remarque quelques différences, il paraît qu'elles ne portent guère que sur des détails de distribution. Il y a donc lieu de les attribuer aux copistes.

Nous n'avons sur l'époque de la rédaction de cette loi d'autre témoignage que le prologue général où on lit qu'un des fils de Clovis qui régnait sur l'Austrasie, Théodoric, fit rédiger la loi des Francs. La loi salique existait déjà : c'est donc de la loi ripuaire qu'il est question.

Il est tout simple que les lois salique et ripuaire aient eu une grande ressemblance. Éginhard dit qu'elles différaient beaucoup[3] : oui, sur des points particuliers ; mais à les envisager d'une manière générale dans leur ensemble, on reconnaîtra bien vite la parenté d'usages qui devait exister chez deux branches aussi rapprochées d'une même famille.

Dans les trente premiers titres, qui ne sont qu'un tarif de compositions, la ressemblance n'a pas d'autre caractère ; à partir du titre XXXIIe elle s'accuse davantage : l'imitation de la loi sa-

[1] V. t. XXIX, p. 437 et 535; t. XXX, p. 65.
[2] Ap. Walter, I. 163.
[3] « Franci habent duas leges in plurimis locis valde deversas. »

Digitized by Google

lique est évidente. Ce rapprochement a fait conjecturer que la loi ripuaire ne fut pas rédigée d'un seul jet. La rédaction faite sous Théodoric ne comprit probablement que le tarif qui forme la première partie; la seconde est un complément que la loi reçut plus tard, peut-être au temps de Dagobert. Tel article où il est parlé des Frisons et des Saxons [1] doit même appartenir à une époque postérieure.

Éginhard nous a appris que Charlemagne, empêché de refondre les lois salique et ripuaire comme il l'avait projeté, y fit seulement quelques changements par des capitulaires. J'ai en effet signalé un capitulaire de Charlemagne relatif à la loi salique : il en existe un autre relatif à la loi ripuaire [2].

Charlemagne fit-il autre chose pour cette dernière loi? Fut-elle comprise dans la révision du texte des lois nationales à laquelle il fut procédé sous son règne? On n'a signalé aucun manuscrit qui s'annonce comme une *lex emendata*. La chose n'en est pas moins vraisemblable, d'après le caractère général qu'eut ce travail. L'uniformité que j'ai constatée dans le texte donné par les manuscrits autorise provisoirement à penser que c'est le texte révisé au temps de Charlemagne.

CHAPITRE XII.

Prétendue loi des Francs chamaves.

Jusqu'à nos jours la loi salique et la loi ripuaire avaient été les seules lois des Francs dont il fût question. Il y a quelques années, on a cru découvrir la loi nationale d'autres Francs formant une autre branche de la même famille.

Ce n'est pas qu'on ait mis la main sur quelque texte ignoré jusqu'ici : le texte auquel on a attribué ce caractère était connu depuis longtemps; il fut publié par Baluze comme un capitulaire de 813. Ce qui suggéra cette idée à Baluze, c'est qu'une chronique mentionnait, à la date de cette année, un capitulaire relatif aux affaires de l'Église et de l'État, composé de quarante-six articles [3]. Baluze trouva dans deux manuscrits un

[1] Tit. XXXVI, 4.

[2] Ap. Walter, II, 184.

[3] « Ibidem constituerunt capitula numero quadraginta sex., de causis

Digitized by Google

texte qui lui parut avoir ce nombre d'articles[1]; il jugea probable que c'était le capitulaire de 813[2].

Je dirai, avec le respect dû à la mémoire d'un aussi grand savant, qu'un peu plus d'attention donnée aux dispositions de ce texte aurait dissipé l'impression produite par sa forme extérieure. Au lieu de mesures prises pour le bien de l'Église et de l'État, on n'y trouve qu'une grossière constatation de coutumes : sauf un ou deux articles de droit civil (art. 42, 43), tout le reste est un tarif de compositions.

Voilà ce qu'aperçut bien vite le nouvel éditeur des Capitulaires, M. Pertz; il n'eut garde de donner à ce texte, dans sa collection, la place qu'il avait usurpée dans celle de Baluze. Dans un mémoire lu à l'Académie de Berlin, il en rétablit le vrai caractère, et chercha la contrée dont on trouve là les coutumes. Il ne pouvait en demander la révélation qu'au texte lui-même. Quelques mots qu'on y lit lui firent conjecturer qu'il s'agissait du pays de Kanten[3]. Quoique cette conjecture reposât sur la base la plus fragile, elle fut communément accueillie.

Quelques années plus tard un autre savant de l'Allemagne, M. Gaupp[4], en montra la vanité; puis, cherchant à son tour la contrée dont les coutumes sont décrites dans ce texte, il s'attacha à établir : 1° qu'il s'agit d'un petit pays voisin de la Frise et de la Saxe, appelé au moyen âge *Hamaland*[5]; 2° que ce pays

quæ necessariæ erant ecclesiæ Dei et populo christiano.» (*Chronic. Moissac*, a. 813.)

[1] Il en avait plutôt 48 : Baluze n'arriva au nombre de 46 qu'en réunissant les art. 1 et 2, 26 et 27.

[2] « Capitula quadraginta sex... data *ut videtur* Aquisgrani..., anno 813. »

[3] V. *Leges*, I, præf., p. 35; — et mém. de l'Académie, de Berlin, 1846: « Uber das Xantener recht, 1848. » Il est parlé dans l'article 10 de serment prêté : « *in sanctis* juret; » et dans l'article 11 d'affranchissement fait « in loco qui dicitur *sanctum.* » — M. Pertz vit là un nom de lieu, le nom de la ville de Xanten désignée sous le nom de *Sancti* dans des *annales Xantenses.* — Il est bien plus à croire que l'art. 10 parle de serment prêté selon l'usage sur les reliques, et l'article 11 d'affranchissement fait par-devant l'Église, dans le sanctuaire.

[4] Une traduction partielle de la brochure de M. Gaupp a été publiée par M. Paul Laboulaye dans la *Revue historique du droit français*, I, p. 417 et suiv.

[5] On lit dans l'article 26 : « Quidquid *in amore* furatum habent; » —

Digitized by Google

fut habité par une tribu franque que l'histoire mentionne, mais dont le nom est peu connu : les Francs-Chamaves[1]. Il vit donc, dans le texte en question, une troisième loi franque qui devait désormais prendre place à côté des lois salique et ripuaire.

Cette thèse ingénieuse est démentie à l'avance par ce que dit Éginhard : *Franci duas habent leges.* Ce témoignage précis d'un écrivain si instruit ne permet pas de croire à une troisième loi nationale.

Nous n'en avons pas moins là des coutumes franques, les usages particuliers d'une population qui appartenait à cette famille. C'est ce que montrent certains articles qui, sur un point ou sur un autre, se réfèrent au droit commun des Francs : *Sic habemus quomodo et* ALII *Franci habent* (art. 1er). — *Sicut* ALII *Franci habent* (art. 2). — Qu'est-ce donc que cette coutume franque, si ce n'est pas une loi nationale ? C'est une constatation d'usages locaux, analogue à ce qu'on trouve plus tard en Allemagne sous le nom de *weisthum.* Le territoire auquel correspond cette coutume locale ne saurait être déterminé d'une manière précise; on voit seulement qu'il était voisin de la Frise et de la Saxe[2].

On voit que le texte qui vient de nous occuper n'offre pas tout l'intérêt qui avait paru un moment s'y attacher comme à une troisième loi nationale des Francs. Mais, dépouillé de ce prestige, il conserve encore quelque importance; il jette une lueur de plus sur les coutumes franques.

dans l'article 28 : « Quidquid *in amore* Fresiones injuste tulerint... » Le territoire occupé par la peuplade dont nous trouvons ici les coutumes s'appelait donc *amor.* De là M. Gaupp conclut que c'est l'Hamaland, pays situé entre le Rhin et la Westphalie.

[1] Nommés par Ammien-Marcellin, XVII, 8, ils reparaissent dans Grégoire de Tours, II, 9.

[2] « Quidquid... Fresiones injuste tulerint... » (Art. 28.) — « Quidquid ad Saxones contrà rectum tulerint... » (Art. 29.)

Digitized by Google

CHAPITRE XIII.

Loi des Alemans.

I.

Voici le peuple qui a donné son nom à toute la Germanie, appelée ensuite Teutonie et enfin Allemagne [1].

Les Alemans appartenaient à l'ancienne famille des Suèves, dont la Souabe, pays occupé par les Alemans, garda le nom au moyen âge.

Les Alemans font leur entrée dans l'histoire au temps de Caracalla. Ils ne cessèrent d'être pour l'Empire des voisins remuants qu'il eut souvent à combattre [2]. L'hostilité se changea ensuite en rapports amicaux et l'Empire chercha à s'en faire des auxiliaires [3].

Au temps de Clovis, nous le voyons attaqué par ce peuple belliqueux pendant qu'il entreprenait de faire la conquête de la Gaule. Clovis les battit à Tolbiac. Une partie des vaincus demanda asile à Théodoric, roi des Ostrogoths [4]; l'autre se soumit au vainqueur [5].

Les Alemans furent désormais sujets des rois Francs, sans cependant être soumis à leur autorité directe. Ils continuaient d'avoir des chefs nationaux qui ne portaient plus le nom de rois, mais de ducs [6]. C'étaient, pour les princes Francs, des vassaux comparables aux grands feudataires d'un temps postérieur. Ils cherchèrent à mettre à profit le désordre dans lequel tomba la monarchie franque sous les rois fainéants pour s'émanciper. Une puissante famille s'était saisie de tout le

[1] Ce changement de nom s'opéra dans le cours du XIIe siècle : « Quidam totam Teuthonicam terram Alemanniam dictam patent, omnesque Teuthonicos Alemannos vocare solent. » (*Annal. Argentin. ad ann.* 1125.)

[2] V. Spartion, *Caracall.*, 10. — Aur. Vict., *De Cæs.*, 21. — Dio, LXXII, 13.

[3] « Alamannorum reges... concessionem præteritorum poscunit et pacem... ut auxiliatores pro adversariis adsiscamus. » (Amm.-Marcell., XIV, 10.) — Le Code Théodosien (VII, 20) nous montre des Alemans dans les armées romaines.

[4] V. Cassiodor., *Var.*, II, 41.

[5] Fredegar., epit. 21.

[6] V. L. Alam., tit. XXIV et seq.

Digitized by Google

pouvoir; les ducs s'en firent un prétexte pour rompre leurs rapports avec les Mérovingiens [1]. Mais cette tentative n'aboutit qu'à une sujétion plus complète. Le duc Lanfrid, battu par Pépin, fait prisonnier, mourut dans la captivité [2] et n'eut pas de successeurs. Un duché de Souabe devait se reformer plus tard; mais tant que dura la force des carlovingiens, le pays des Alemans resta sous leur autorité directe.

II.

On connaissait jusqu'ici une loi des Alemans portant en titre qu'elle avait été rédigée sous Clotaire et traitant d'abord des priviléges de l'Église, puis de l'autorité des ducs, enfin du droit criminel et civil. Le total des titres variait selon les éditions de 99 à 107 [3].

Baluze plaça à la suite de cette loi, sous le titre de *Capitula addita ad legem Alamannorum*, une série d'articles qu'il avait découverts dans un manuscrit encore inexploré : c'était un fragment d'un tarif de compositions à l'usage des Alemans.

Une nouvelle publication des monuments légaux qui nous restent de ce peuple a été faite en 1851 par Merkel dans la collection de M. Pertz [4]. Elle avait été préparée par une étude scrupuleuse de tous les manuscrits. Merkel a reproduit avec un soin minutieux tous les textes qu'ils lui ont fournis et les a distribués d'après ses hypothèses. Je vais faire connaître les textes qu'il a mis au jour, et j'examinerai brièvement les vues qu'ils lui ont suggérées.

III.

I. 1° Des manuscrits présentent le texte de la loi des Alemans connu depuis longtemps, avec des variantes d'un ordre secondaire.

2° D'autres présentent des variantes plus considérables qui constituent un texte distinct, quoique la distribution générale

[1] « Dux Alamannorum cæterique circumquaque duces noluerunt obtemperare ducibus Francorum, eo quod non potuerint regibus Meroveis servire sicut anteà soliti erant. » (Erchembald., *Brev.*, II)

[2] *Annal. in monum.*, S. S., I, 136, 219. — *Adon. Chron. Mon.*, S. S. II, 319.

[3] Ap. Walter, I, 198. — Baluz., I, 57.

[4] *Leges*, t. III, p. 1 et s.

Digitized by Google

des matières reste la même : l'Église, le duc, le droit criminel et civil.

3° D'autres manuscrits offrent encore cette distribution, mais se distinguent par d'autres variantes, et surtout par la mention que ce texte a été révisé sous le duc Lanfrid [1].

4° M. Merkel a retrouvé aussi les *Capitula addita* de Baluze; il les a retrouvés sous la forme de trois fragments insérés dans le corps de la loi, d'une manière qui prouve clairement qu'ils ne sont pas là à leur place. On lit en tête du premier : *Incipit pactus lex Alamannorum, et sic convenit*, titre qui indique un monument légal d'un caractère distinct. Faut-il y voir, avec Baluze, une loi postérieure complémentaire? La physionomie de ce texte, la rudesse des dispositions et de la langue suggèrent bien plutôt une appréciation contraire : nous avons là, tout l'annonce, un débris d'une loi plus ancienne que tous les autres textes.

II. Merkel s'est flatté de déduire du rapprochement de ces textes les transformations successives de la loi des Alemans.

Dans les *Capitula addita* de Baluze il a vu un fragment d'une rédaction primitive de cette loi : il l'a en conséquence placée au premier rang sous le titre de *Pactus Alamannorum*.

Plus tard, sous Clotaire II, les usages des Alemans furent rédigés à nouveau plus amplement. Cette rédaction est attestée par l'intitulé qu'on lit fréquemment en tête de leur loi [2]. Merkel a cru reconnaître cette rédaction dans un texte offert par divers manuscrits, et il l'a placé au second rang. Mais certaines remarques sur la disposition de ces manuscrits lui ont fait penser que ce texte ne provenait pas en entier d'une seule et même rédaction; la loi de Clotaire lui a paru avoir reçu une suite, puis une autre suite. Il a donc divisé ce texte en trois livres.

On en était là, selon Merkel, quand le duc Lanfrid prit l'attitude qui le perdit. Sans se donner d'autre titre que celui de

[1] On lit en tête : « Incipit textus lex Alamannorum, quæ temporibus Lanfrido filio Godofrido renovata est. — Convenit enim majoribus natu populo Alamannorum una cum duci eorum Lanfrido vel ceterorum populo adunato... » Et à la fin : « Explicit lex Alamannorum temporibus Lantefredi renovata. »

[2] « Incipit lex Alamannorum quæ temporibus Hlotarii regis una cum principibus suis... constituta est. »

Digitized by Google

duc, il fit néanmoins acte de souverain en procédant à une révision de la loi de son peuple. Des manuscrits donnent cette révision qui occupe la troisième place dans la publication de Merkel.

Il se fit enfin, sous les Carlovingiens, une révision plus régulière qui donna à la loi sa forme finale, celle qu'elle a dans le plus grand nombre des manuscrits et dans les publications antérieures à celles de Merkel. Il a clos la sienne par ce texte qu'il a intitulé : *Lex Karolina, sive reformata.*

III. Le fond de ces idées est plausible; mais elles comportent quelques rectifications. Il convient aussi de rattacher l'histoire de la loi des Alemans au prologue général qui indique les travaux de ce genre faits sous les Mérovingiens. Merkel en a fait abstraction : il ne trouvait alors ce prologue digne d'aucune confiance. Ce dédain n'était pas justifié, et l'on verra plus loin que Merkel lui-même, en éditant la loi des Bavarois, a rétracté ce jugement.

1° On ne peut qu'approuver l'idée qu'il a émise sur le vrai caractère des *Capitula addita* de Baluze. Il reste à assigner l'époque de cette première rédaction des usages des Alemans. Je ne vois aucune raison pour rejeter en ce point le témoignage du prologue qui la place sous Théodoric Ier.

2° Le fait d'une rédaction nouvelle sous Clotaire II est trop unanimement attesté par les manuscrits pour être mis en doute. Mais il n'y a pas à tenir grand compte des détails dont le fait y est entouré[1]. Nul doute que la loi ait reçu alors la sanction de quelque assemblée; mais pour le nombre d'évêques, de ducs, de comtes que les manuscrits y font figurer, ils montrent par leur peu d'accord qu'il n'y a point de fond à faire sur cette partie du témoignage.

3° La part prise par Clotaire à la législation des Alemans s'accorde avec le prologue; mais c'est sous Dagobert qu'il place la rédaction définitive. Rien ne dément cette assertion. Merkel a reconnu que la loi de Clotaire reçut des additions dont il a fait un second et un troisième livre. Pourquoi ne pas croire qu'elle fut ainsi complétée sous Dagobert?

[1] L'intitulé dit que la loi fut arrêtée par Clotaire dans une assemblée de grands et de toute la nation : « una cum principibus suis... vel cætero populo. » — Ces grands sont des évêques, des ducs, des comtes; le nombre est même indiqué pour chaque classe, mais d'une manière discordante.

Digitized by Google

4° Que devint ensuite cette loi? Ce que devinrent en général les lois nationales dans les recueils destinés à la pratique judiciaire. La confusion qui s'introduisit pour toutes fut accrue pour celle-ci par le remaniement irrégulier qui en fut fait sous le duc Lanfred.

5° Il était d'un grand besoin que Charlemagne fît rétablir le vrai texte légal. Le texte donné par les précédents éditeurs est, selon toute apparence, et quoique les manuscrits ne le disent pas, un produit du travail général de révision qui s'exécuta alors. — Nous trouvons ici une preuve nouvelle que la révision des lois nationales porta seulement sur leur texte, non sur le fond des dispositions : on laissa subsister dans la loi des Alemans les titres relatifs à l'autorité de leurs ducs, quoiqu'ils n'eussent plus d'application et fussent en désaccord avec un nouvel ordre de choses.

CHAPITRE XIV.

Loi des Bavarois.

I.

Les Bavarois occupaient à l'époque franque le pays qui a retenu leur nom [1].

Leur nom se présente sous des formes très-diverses : *Baiuuarii, Baiouarii, Bauuarii, Baiorii, Bavocarii, Boïoarii*, etc.

En s'attachant à cette dernière forme, on a supposé que les Bavarois avaient anciennement habité la Bohême; contrée où s'établit dit-on, à une époque reculée, une colonie de Celtes Boïens venue de la Gaule. Mais soit que cet établissement n'ait pas eu lieu, soit que les Celtes Boïens eussent péri, soit qu'ils se fussent germanisés par l'effet d'un long séjour, soit enfin que le rapport de nom qu'on a cru trouver entre eux et les Bavarois soit une illusion, toujours est-il que les coutumes des Bavarois n'avaient rien de celtique; c'étaient de pures coutumes germaniques. Tel était aussi le caractère de leur

[1] C'était l'ancien *Noricum ripense*, le Norique voisin du Danube; pays colonisé par les Romains, reconquis par la barbarie dans les derniers temps de l'Empire.

Digitized by Google

langue, qu'on peut reconnaître au moyen de certaines gloses insérées çà et là dans le texte de leur loi.

L'histoire des Bavarois reste longtemps obscure. Des faits dont l'éclaircissement importerait pour l'histoire de leur loi demeurent ainsi enveloppés de nuages.

Aucun témoignage précis ne fait connaître le moment de leur soumission aux princes francs. Celle des Alemans dut entraîner la leur, qui vraisemblablement suivit d'assez près.

Des controverses se sont élevées sur l'époque à laquelle les Bavarois devinrent chrétiens. Au temps de Clotaire II, une mission conduite par saint Eustase répandit en Bavière la foi chrétienne [1]. L'agiographie mentionne une autre mission conduite par saint Rupert, évêque de Worms, la deuxième année du règne de Childebert [2]; c'est-à-dire en 697 seulement s'il s'agit, comme des savants l'ont cru, de Childebert III; en 577 s'il s'agit de Childebert II, ce qui a paru plus probable aux Bollandistes. Au commencement du VIIIe siècle la Bavière n'était pas encore entièrement convertie [3]; mais quelques restes vivaces de vieilles superstitions n'empêchent pas de croire que le christianisme était devenu dès auparavant la religion nationale.

La sujétion des Bavarois eut le même caractère et les mêmes suites que celle des Alemans.

Les Bavarois conservèrent sous les mérovingiens un reste d'autonomie. Ils étaient gouvernés par des ducs nationaux. Une fille du duc Garibald avait été fiancée à Childebert II qui la répudia : Garibald prit les armes pour venger cet outrage. Mais, battu, dépouillé de son duché, il fut réduit à se réfugier auprès du roi des Lombards, qui épousa celle que Childebert

[1] « Chlotarius rex decrevit synodicâ diffinatione dirigere peritissimos viros qui vicinas gentes, doctrinâ falsâ deceptos, ad gremium sanctæ matris ecclesiæ revocarent. » (*Vit. S. Agili* ap. Boll.) — « Ad Boios qui nunc Bavocarii vocantur tendit et plurimos eorum ad fidem convertit. » (*Vit. S. Eustasii* ap. Boll.)

[2] « Tempore Hilperti regis Francorum anno scilicet regni ejus secundo sanctus confessor Christi Rudbertus in Bormaciâ habebetur episcopus. » (*Vit. S. Ruperti* ap. Boll.)

[3] On lit dans la vie de saint Corbinien, mort en 735 : « Noricum veniens ibi aliquandiu demoratus verbi divini seminavit doctrinam, quæ gens adhuc rudis erat et nuper ad christianitatem conversa.

Digitized by Google

avait dédaignée[1]. Le roi franc donna aux Bavarois un autre duc, Tassilon[2]. Leur loi nous montre la nation choisissant ses chefs dans cette famille[3]. C'étaient des vassaux des princes francs; mais c'étaient presque des rois chez eux, et les historiens du temps leur donnent même quelquefois ce titre[4].

Lorsque les premiers carlovingiens se rendirent maîtres sous le nom de maires du palais, les ducs bavarois, comme les ducs alemans, s'autorisèrent de ce déplacement du pouvoir pour s'affranchir. Pépin le Vieux, Charles Martel réprimèrent ces tentatives d'indépendance. Après un nouvel essai, le duc Odilon fut obligé de demander pardon à Pépin le Bref devenu roi, et de lui prêter hommage. Son fils Tassilon reprit les mêmes desseins, passa plusieurs fois de la révolte à de feintes soumissions, et enfin, déposé par Charlemagne, mourut obscurément sans avoir de successeurs de son pouvoir.

II.

I. On connaissait depuis longtemps une loi des Bavarois rédigée sur le même plan que celle des Alemans : d'abord les priviléges de l'Église, puis l'autorité des ducs, enfin le droit criminel et civil[5].

Vers la fin du dernier siècle, un Allemand, Mederer[6], publia un texte qui différait peu de celui-là, sauf une variante digne d'attention, que je signalerai dans un moment.

La loi des Bavarois a été éditée à nouveau dans la collection de M. Pertz par le même savant à qui l'on doit de nouveaux textes de la loi des Alemans[7]. Cette édition a été, comme l'autre, le fruit d'une étude scrupuleuse des manuscrits. Elle a fait reconnaître à Merkel trois textes qui ont une grande

[1] Paul Diacre, *Hist. Longob.*, lib. III.

[2] « Hildebertus Tassilonem Bavariæ præfecit, Garibaldo et filiis ejus ejectis. » (*Chron. Salisb.* ap. Pertz, script. I, 330.)

[3] « Dux vero qui præest in populo ille semper de genere Agilolfingorum fuit et debet esse, quia sic reges antecessores nostri concesserunt eis... » (L. Bav., II, 20, 3.)

[4] « A Childeberto rege Francorum Tassilo apud Boioariam rex ordinatus est. » (Paul Diacre, IV, 7.)

[5] Ap. Walter, I, 237

[6] « Leges Baiuuariorum, oder ältester Gesetzbuch der Bainuarier. » Ingotstadt, 1793, in-8°.

[7] Ap. Pertz, *Leg.*, III, 183.

Digitized by Google

ressemblance dans le fond, et néanmoins présentent des différences assez considérables pour qu'il ait jugé à propos de les reproduire séparément. L'un de ces textes est nouveau ; un autre est de la famille de celui qu'avait publié Mederer ; l'autre enfin est, avec des variantes, le texte connu depuis longtemps.

II. Que faut-il penser de ces trois textes, et que savons-nous de l'histoire de la loi des Bavarois?

Tous documents spéciaux manquent pour éclaircir cette histoire : nous sommes réduits aux indications que donne le prologue général cité plus haut sur les rédactions des lois barbares qui se firent à l'époque mérovingienne. Mais ce témoignage est précieux. Merkel, qui l'avait traité avec dédain en s'occupant de la loi des Alemans, a rendu justice à sa valeur en publiant la loi bavaroise.

D'après le prologue, une première rédaction de cette loi se fit sous Théodoric Ier. Cela n'a rien d'impossible. On a prétendu qu'alors les Bavarois ne relevaient pas encore des princes francs : c'est une assertion hasardée.

Le prologue mentionne des changements apportés à la loi primitive sous Childebert et Clotaire. Nous avons vu que Clotaire II fit procéder à une révision de la loi des Alemans. Il se peut que de son côté Childebert II, qui déposa Garibald et donna aux Bavarois un nouveau duc, ait aussi modifié leur loi, surtout par rapport à l'autorité des ducs.

Le fait d'une révision définitive sous Dagobert est ce qui rencontre l'objection la plus sérieuse. Est-il possible que la loi bavaroise ait pris dès cette époque la forme qu'elle devait conserver [1]? Ce qui fait la difficulté, c'est le titre Ier qui montre l'Église pleinement établie en Bavière. On peut douter qu'au temps de Dagobert la conversion du pays fût si avancée. Mais en définitive on ne peut affirmer le contraire [2].

La diversité qu'on trouve dans les manuscrits de la loi bavaroise s'explique par les causes générales que j'ai indiquées à plusieurs reprises. — Une variante du manuscrit publié par Mederer mérite une mention particulière. Le chapitre 9 du titre II, qui reconnaissait aux rois francs le droit de

[1] Le prologue dit : « Quæ usque hodie perseverant. »

[2] V. Petigny dans la *Revue historique du droit français*, t. II, p. 328 et suiv.

Digitized by Google

destituer les ducs en cas d'infidélité, fait défaut. Le nom du roi n'apparaît plus dans un passage du chapitre 10, où il était parlé du bannissement d'un fils rebelle par le duc ou par le roi. Mederer fonda sur ces variantes une hypothèse inadmissible. Il imagina que les Bavarois avaient eu, dès avant leur soumission, une loi écrite dans laquelle on introduisit des dispositions relatives à l'autorité supérieure des rois francs, lorsque les Bavarois furent devenus leurs sujets. Rien n'appuie cette idée invraisemblable en elle-même. On pourrait avec plus d'apparence rattacher les suppressions que j'ai signalées aux tentatives faites par les ducs bavarois pour s'affranchir. Mais cette conjecture elle-même perd beaucoup de sa force quand on voit l'autorité des princes francs proclamée dans beaucoup d'autres passages du même texte.

Nul manuscrit ne fait mention d'une révision de la loi des Bavarois sous Charlemagne. Elle ne dut point cependant rester en dehors du travail général qui fut alors exécuté. Nous avons sans doute dans l'un des trois textes publiés par Merkel une *lex emendata à Carolo magno*, et dans les deux autres les formes irrégulières que la loi avait reçues dans les transcriptions. Mais aucun indice précis ne détermine le choix à faire entre ces trois textes.

Il faut renoncer à éclaircir davantage la formation de la loi des Bavarois. Un auteur allemand, M. Roth, s'est flatté de pénétrer tous les détails de son histoire [1]. Il veut que la rédaction des coutumes bavaroises n'ait commencé que sous Dagobert. Cette première loi reçut un peu plus tard une addition; elle en reçut une seconde sous Charles Martel. De nouvelles dispositions furent intercalées plus tard. Ces assertions de M. Roth sont de pures hypothèses, dénuées de toute preuve extérieure. Il n'en sait pas moins au juste de quels éléments se composait la rédaction première, et quels chapitres, quels articles y ont été ajoutés plus tard à telle et telle époque. Je dois dire que M. Roth avait présenté ces vues avant la publication de M. Merkel. Je doute qu'il voulût lui-même aujourd'hui soutenir des conjectures auxquelles l'étude des manuscrits n'a apporté aucun appui.

[1] Roth, *Uber Enstehung der lex Bajuvariorum*. Munich, 1848, in-8°.

Digitized by Google

III.

La législation des Bavarois ne se compose pas uniquement de la loi dont nous venons d'étudier l'histoire.

Sous le duc Tassilon, il fut publié des décrets qui se liaient à une réorganisation de l'Église bavaroise qui eut lieu dans la première partie du VIIIe siècle. La Bavière avait été convertie bien auparavant; mais son Église n'était encore qu'imparfaitement constituée. Le pape Grégoire II envoya pour la réorganiser des légats qui devaient s'entendre avec le duc pour la réunion d'assemblées où seraient prises les mesures nécessaires [1]. Il fut tenu deux conciles dont nous avons les canons [2]. Deux autres assemblées d'un caractère mixte arrêtèrent deux lois [3] : la première où des mesures séculières s'entremêlent à des règles ecclésiastiques; la seconde, intitulée *populares leges*, plus exclusivement relative aux matières séculières.

Tassilon faisait ainsi acte de souverain dans son duché. Cette attitude ambitieuse le conduisit à sa perte.

Quand Charlemagne eut mis la Bavière sous son autorité directe, il publia un capitulaire destiné à expliquer, compléter et modifier la loi bavaroise [4].

Ce capitulaire clôt la série des monuments légaux relatifs à la Bavière.

CHAPITRE XV.

Loi des Frisons.

I.

Nous nous sommes éloignés du Rhin; il faut y revenir et le descendre jusqu'à ses embouchures. Là, nous trouvons la Frise qui s'étendait le long de la mer jusqu'à la Saxe, comprenant ainsi le pays qui a pris le nom de Hollande (*hol—land*, terre basse, en partie couverte par les eaux).

La soumission de la Frise ne commença que vers la fin de l'époque mérovingienne. Pépin d'Héristal attaqua le chef des

[1] Ap. Pertz, *Leg.*, III, 431.
[2] Ap. Pertz, *Leg.*, III, 455, 457.
[3] Pertz, *Leg.*, III, 459. — Walter, I, 293.
[4] Ap. Walter, II, 65. — Pertz, III, 477.

Digitized by Google

Frisons Ratbod, et le vainquit. Il est même dit qu'il se soumit la Frise[1]. Cela ne peut s'entendre que de la Frise occidentale. Encore ne fut-elle, cette fois, soumise que pour peu de temps : le duc Ratbod reprit ce qu'il avait perdu, détruisit les églises que les Francs avaient élevées[2]. Mais Charles Martel renouvela la conquête de son père[3], et Charlemagne acheva, par la soumission du reste de la Frise, l'œuvre commencée par ses ancêtres. Le christianisme s'établit chez les Frisons avec la domination franque, et consolida la conquête.

II.

On n'éprouve pas, par rapport à la loi des Frisons, l'embarras que cause pour les autres la diversité des manuscrits. Il n'en existe plus qui contienne cette loi. Nous n'en connaîtrions que le nom si Hérold ne l'avait publiée autrefois d'après quelque manuscrit aujourd'hui perdu[4].

L'édition nouvelle, que M. de Richthofen en a donnée dans la collection Pertz[5], ne présentait donc pas les mêmes difficultés que d'autres. Il n'a pu que reproduire le texte d'Hérold, et exposer les vues que ce texte lui suggérait.

La Frise n'avait pas tout entière les mêmes coutumes. La loi mentionne fréquemment qu'un usage règne d'un côté de telle rivière, et que de l'autre côté l'usage est différent. En rapprochant ces indications, on arrive à distinguer trois régions : Frise occidentale entre Sinkfal et Fli, Frise moyenne entre Fli et Laubach, Frise orientale entre Laubach et Visare.

La loi des Frisons présente une autre particularité. On lit à la suite, sous le titre d'*additio sapientum*, des décisions de sages hommes qui y sont nommés : c'est Wlemar, c'est Saxmund[6].

M. de Richthofen a conjecturé que la loi des Frisons fut rédigée après la conquête d'une partie de la Frise par Charles

[1] « Peppinus dux Ratbodum ducem Fresonum bellando vicit, Fresiamque sibi subjugavit. » (*Annal. Xantenses*, a. 694.) — Alcuin donne à Ratbod le titre de roi. (*In Vit. S. Villibrord.*)

[2] *Vit. S. Bonif.*, c. 11.

[3] « Karolus subjugavit Frisiam suo imperio. » (*Chron. Moiss.*, a. 734.)

[4] Ap. Walter, I, 351.

[5] Ap. Pertz, *Leg.*, III, 631.

[6] « Hæc Vulemerus addidit. — Hæc judicia Saxmundus dictavit.

Digitized by Google

Martel. Lorsque le reste du pays eut été soumis par Charlemagne, la loi fut complétée en constatant les coutumes particulières des régions nouvellement conquises. Une révision s'en fit un peu plus tard vers 802; c'est alors qu'y fut ajoutée l'*additio sapientum*.

Ces conjectures, qu'aucune raison solide n'appuie, sont peu plausibles. La conquête d'une partie de la Frise par Charles Martel fut trop éphémère pour qu'on puisse avec vraisemblance placer une rédaction de la loi à cette époque. Le temps n'était pas alors aux travaux législatifs de ce genre. Mais ils furent un des soins de Charlemagne. Il y a tout lieu de ranger la loi des Frisons parmi les lois non encore rédigées qui le furent sous son règne. Le travail général de révision auquel Charlemagne fit procéder, et dont j'ai déterminé le caractère, ne dut pas s'appliquer à une loi aussi récente. Quant aux décisions de Wlemar et de Saxmond, je ne puis y voir autre chose que des constatations de coutumes, de jurisprudence, analogues aux *Weisthumer* de l'Allemagne. Un copiste les transcrivit à côté de la loi des Frisons, parce que c'étaient aussi des monuments du droit du pays. Mais c'est à nous de discerner les caractères différents des pièces qu'on a ainsi assemblées. Comment supposer que cette addition fut faite à la loi par l'autorité de Charlemagne? Est-ce Charlemagne qui aurait établi la peine barbare qu'on lit dans un article contre la violation des temples païens? Est-ce Charlemagne qui aurait prescrit d'immoler le coupable aux dieux [1]?

[1] « Qui fanum effregerit et ibi aliquid de sacris tulerit, ducitur ad mare, et in Sabulo quod accessus maris operire solet finduntur aures ejus et immolatur *diis* quorum *templa* violavit. » — Cette superstition féroce, ce raffinement de supplices concordent bien avec ce qu'Alcuin nous apprend sur Ratbod : « Ferocissimum regis Ratbodi animum qui violatores sacrorum illius atrocissimâ morte damnare solebat. » (*In Vit. S. Villibrord.*) M. de Richthofen, qui attribue à l'*additio sapientum* un caractère légal, est réduit à rejeter cet article comme une interpolation. Le fait est qu'il contraste avec un autre où l'asile ecclésiastique est consacré : « Homo faidosus pacem habeat in ecclesiâ;... ad ecclesiam eundo, de ecclesiâ redeundo. » (I, 5.) La conclusion à tirer de ce contraste, c'est qu'il n'y a là qu'une compilation sans caractère légal.

Digitized by Google

CHAPITRE XVI.

Loi des Saxons.

I.

La Saxe ne fut soumise que par Charlemagne. On sait au prix de quels efforts, et quels moyens terribles Charlemagne employa [1]. Les missionnaires qui marchaient à la suite de ses armées en achevèrent l'œuvre en portant la civilisation chrétienne où n'avait régné jusque-là qu'une barbarie sauvage. Le résultat de cette conquête fut digne des efforts qu'elle avait coûtés. Un flot, toujours prêt à déborder de nouveau, ne fut qu'alors contenu définitivement. Charlemagne aurait ainsi clos l'ère des invasions, si la mer n'était restée ouverte aux hommes du Nord qui ravagèrent la France jusqu'à ce qu'ils eussent réussi à s'y faire place.

La soumission de la Saxe fut suivie de mesures prises pour l'assurer et pour faire régner dans le pays la foi chrétienne [2]. A ce but se rapportèrent :

1° Un capitulaire *de partibus Saxoniæ*, auquel Baluze avait assigné la date de 789 et que M. Pertz place en 785;

2° Un *præceptum de institutione episcopatuum per saxoniam*, de 789;

3° Enfin un second capitulaire saxon de 797.

Privée de son existence nationale, de ses anciennes assemblées, soumise aux mêmes officiers que les autres parties de la monarchie franque, la Saxe conserva au reste ses coutumes [3]. Charlemagne eut donc à faire rédiger la loi des Saxons si elle ne l'avait point encore été.

[1] J'aime à voir Alcuin intercéder auprès de Charlemagne pour les Saxons et protester contre la violence qui impose la foi. (V. ép. 80.)

[2] Charlemagne imposa aux Saxons une abjuration de leurs vieilles superstitions qui nous est parvenue (Pertz, *Leg.*, I, 19). C'est une pièce curieuse au double point de vue de l'histoire et de la langue.

[3] « Tum sub judicibus quos rex imponeret ipsis
« Legatisque suis, permisit legibus uti
« Saxones patriis et libertatis honore.
(*Poeta Saxonicus*, de Car. Ur., IV, a. 803.)

Digitized by Google

II.

Pour contrôler le texte de cette loi qui a passé jusqu'ici d'édition en édition[1], on n'a que deux manuscrits. Ils ont été étudiés par M. Merkel, qui en a tiré les éléments d'une édition nouvelle[2]. La loi s'y compose d'une série de trente-six articles non divisés en titres. Le texte de ces articles diffère peu.

La loi des Saxons a été généralement rangée parmi celles que Charlemagne fit rédiger pour les peuples qui n'en avaient point encore.

Ce travail législatif suivit de près la soumission de la Saxe. Il précéda la restauration de l'Empire d'Occident; car le souverain n'y porte encore que le titre de roi[3]. Il précéda même le capitulaire de 785 ou 789 *de partibus saxoniæ;* car ce capitulaire se réfère à la loi des Saxons[4].

Opposerait-on qu'il s'agit là d'une loi saxonne antérieure à la soumission du pays, que Charlemagne n'eut qu'à corriger et à compléter? Merkel a cru trouver dans les manuscrits la preuve de l'existence d'une telle loi. A la suite des vingt-trois premiers articles de son édition, et avant le vingt-quatrième on lit : *lex Francorum.* Ces mots lui ont suggéré l'idée que la loi rédigée sous l'autorité franque ne commence qu'au vingt-quatrième article, et que ce qui précède est un fragment d'une loi antérieure à la domination des Francs dans la Saxe. Cette conjecture est démentie par les articles 21 et 23[5], qui punissent avec une grande sévérité la violation des églises et les entraves apportées au culte chrétien.

Un manuscrit a suggéré à Merkel une autre conjecture de moindre portée. La loi y est suivie d'une table qui ne relate pas les six derniers articles. Il n'en a pas fallu davantage pour lui faire imaginer que la rédaction faite sous l'autorité de Charlemagne après la conquête s'arrêtait à l'article 30, et que le

[1] Ap. Walter, I, 382.

[2] Lex Saxonum herausgegeben von Merkel. 1858, 8.

[3] « Qui in regnum vel regem francorum vel filios ejus de morte consiliatus fuerit... (III, 1.)

[4] « De perjuriis, secundum legem Saxonum fiat. » (C. 33.) — Cette loi a effectivement un article qui punit le parjure de l'amputation de la main. (II, 9.)

[5] Art. 8 et 10 du titre II de l'édition vulgaire.

Digitized by Google

surplus fut ajouté plus tard. L'article 64 parle de nobles exilés[1]. Merkel a remarqué qu'en 798 Charlemagne se fit remettre des personnages saxons en grand nombre comme otages[2]. Il a pensé que la loi fait allusion aux nobles saxons enlevés ainsi à leur patrie; et il a tiré cette conclusion que l'addition des six derniers articles eut lieu après 798. Voilà un exemple de la hardiesse avec laquelle la science allemande sait bâtir des systèmes sur les plus faibles données.

CHAPITRE XVII.

Loi des Thuringes.

I.

Au sud de la Frise et de la Saxe était la Thuringe.

Elle fut soumise bien plus tôt : la conquête de ce pays remonte jusqu'au temps des fils de Clovis, au règne de Théodoric Ier roi d'Austrasie? Sa soumission toutefois ne fut pas complète. Il paraît que la Thuringe garda sous les Mérovingiens des chefs nationaux qui se montraient souvent des vassaux fort insubordonnés[3].

II.

Nous avons une loi des Thuringes publiée depuis longtemps[4].

Il n'en reste aujourd'hui qu'un manuscrit d'après lequel Merkel en a donné une nouvelle édition[5].

Le titre de la loi a quelque chose d'énigmatique : *Lex Angliorum et Verinorum, hoc est Thuringorum*[6]. Les Angles et

[1] Tit. XVII de l'édition vulgaire : « Liber homo qui sub tutelâ nobilis cujuslibet erat qui jam in exilium missus est... »

[2] « Carolus in Saxoniâ hiemavit... et hospites capitaneos 1600 indè abduxit et per Franciam divisit. » (*Annal. S. Amand.*)

[3] « Radulfus superbiâ elatus ad modum regis in Thoringiâ se esse censebat... in verbis tamen Sigiberti regimen non denegabat, sed in factis fortiter ejusdem resistebat dominationi. » (Fredeg., c. 87.)

[4] Ap. Walter, I, 375.

[5] Merkel, *Lex Angliorum et Verinorum, hoc est Thuringorum.* Berlin, 1851, in-8°.

[6] Ce titre n'est pas une erreur de copiste. Il se lit dans les constitutions

Digitized by Google

les Vérins paraissent avoir habité la contrée qui forme aujourd'hui les duchés de Schleswig et Holstein. Comment se fait-il qu'ils soient identifiés ainsi avec les Thuringes? Il est probable que des Angles et des Vérins avaient passé de leur pays dans la Thuringe : on y retrouve en effet leur nom dans certains cantons : *Angelgowe, Veringowe*[1].

La loi des Thuringes est très-courte, et empreinte d'une rudesse toute barbare. On y sent un pays qui n'est point encore devenu complétement chrétien. Sa rédaction, sur laquelle on n'a aucuns documents, date incontestablement de l'époque mérovingienne.

Mais M. Gaupp[2] a cru reconnaître une addition faite à l'époque carlovingienne dans des *Judicia* de Vlemarus qu'on lit à la suite dans le manuscrit reproduit par Merkel. Cette idée est inadmissible. Je me suis expliqué en parlant de la loi des Frisons sur des *Judicia* semblables qu'on y lit. Il se pourrait que ceux qui figurent à la suite de la loi des Thuringes n'y soient pas à leur place, et qu'ils appartiennent plutôt, comme les autres, à la loi des Frisons. Une erreur, une distraction de copiste suffit pour expliquer ce déplacement probable[3]. L. DE VALROGER.

(*La fin à la prochaine livraison.*)

de Canut, *De forestâ*, c. 33. « Secundum legem Werinorum i.e. Thuringorum. » (Ap. Schmid, *Angels*, 321.)

[1] V. Gaupp., *Das alte Gesetz des Thuringen*, p. 87.

[2] V. Gaupp., *op. cit.*, p. 239.

[3] Le nouvel éditeur de la loi des Frisons n'a pas hésité à y joindre cette pièce. (V. Pertz, *Leg.*, III, 634, 698.)

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

THÉORIE DES CONTRATS INNOMÉS,

Et explication du titre *De præscriptis verbis*, au Digeste, par M. C. Accarias, professeur agrégé à la Faculté de droit de Douai, chargé d'un cours de droit romain.

Compte rendu par M. Léopold Thézard,
professeur agrégé à la Faculté de droit de Poitiers.

Sous ce titre, notre excellent collègue M. Accarias publie un recueil de conférences faites à la Faculté de droit de Douai, dans le cours de l'année scolaire 1865-1866, à l'usage des aspirants au doctorat. L'idée de sa publication est conforme à un usage de la Faculté de Paris, qu'il est regrettable de ne pas voir plus suivi en province : les conférences de doctorat de Paris ont déjà fourni plusieurs monographies sur des théories importantes du droit romain, et ont fait pénétrer le public des étudiants français dans cette connaissance approfondie des textes qui semblait naguère réservée à l'Allemagne.

Cependant M. Accarias s'écarte en quelques points des traditions précédentes. Il a conservé à ses leçons leur forme primitive; il n'a point effacé le professeur derrière l'écrivain; et, tout en s'élevant par un style pur et nerveux au-dessus du niveau commun de nos auteurs juridiques, il a gardé dans son livre les allures aisées de l'enseignement oral. Sur vingt conférences qui forment son ouvrage, les quatre premières et la dernière sont consacrées à l'exposition des idées générales, à la synthèse du sujet. Les quinze autres sont un commentaire des textes contenus dans le titre *De præscriptis verbis*, et de ceux qui viennent les expliquer ou les compléter. Cette importante partie du travail est employée, par l'explication et la discussion de détail, à dégager et à éprouver les matériaux dont l'auteur se sert pour établir son ensemble.

Un autre trait distinctif du livre de M. Accarias, c'est qu'il n'affecte point de reproduire toutes les explications des interprètes modernes. Ce n'est assurément ni dédain ni défaut de

Digitized by Google

science; mais il a voulu présenter aux lecteurs ses idées personnelles dans leur unité, ou plutôt leur faire connaître directement les doctrines que lui a révélées l'étude des jurisconsultes romains, sans les faire passer à travers les idées des commentateurs.

Le sujet choisi par M. Accarias se prêtait mieux que tout autre à de semblables innovations. Ce sujet est la *Théorie des contrats innomés*, l'une des plus curieuses et des moins étudiées parmi les créations du droit romain.

Le droit romain primitif n'avait pas reconnu, comme le fait notre droit, à toute convention licite, le pouvoir de créer une obligation munie d'action. La *convention* passée entre deux personnes ne produisait d'obligation et d'action que si elle présentait certains éléments, certains caractères déterminés, que si elle rentrait dans la classe des *contrats* admis d'une façon limitative par le droit civil. Quatre contrats seulement, la vente, le louage, la société, le mandat, étaient reconnus parfaits par le seul consentement. D'autres conventions ne devenaient contrats et ne produisaient effet qu'au moyen de la remise d'une chose par une des parties à l'autre; c'étaient le prêt de consommation ou *mutuum*, le prêt à usage ou commodat, le dépôt et le gage, qui formaient les quatre contrats appelés *réels* (*re perfecti*) : ici la nature même des choses exigeait cet élément d'une tradition matérielle pour qu'il y eût obligation. Enfin, pour toutes autres conventions que pouvaient faire les particuliers (et il y en avait d'innombrables), elles ne produisaient d'obligation civile que si elles étaient constatées par écrit sur certains registres, ou formulées verbalement dans une *stipulation* en règle. Jusque-là ces conventions étaient de simples *pactes nus*, qui ne produisaient pas d'obligation : il leur manquait un élément que les jurisconsultes romains appellent *causa*[1].

Ce système paraît aujourd'hui d'un formalisme inacceptable. La règle de notre droit est bien plus simple : dès qu'il y a accord pour l'obligation, sauf les cas exceptés par la loi, il y a obligation. Mais le système romain, pour être rigoureux, n'est pas absolument irrationnel. Du moment qu'une forme sacramentelle, précise, comme la stipulation, pouvait servir

[1] Ulpien, L. 7, §§ 2 et 4, D., *De pactis*.

Digitized by Google

de moule à toute convention quelconque et lui donner le caractère obligatoire, on conçoit parfaitement que tant que les parties n'avaient pas recouru à ce moyen facile de formuler leurs arrangements, elles fussent présumées rester en simples pourparlers; cette présomption pouvait même éviter bien des difficultés, en forçant à matérialiser la convention dans un acte dont la preuve devait être plus précise. Nous pourrions citer tel canton français où, aujourd'hui encore et malgré le Code, certains contrats importants, comme les ventes d'immeubles, ne sont réputés parfaits que par la confection d'un écrit : jusque-là ni l'une ni l'autre des parties ne se croient de droits ni d'obligations.

Ce n'est donc pas dans cette application générale qu'apparaît le vice radical du système romain sur la valeur des pactes. Mais la complication des faits amenait des situations où l'équité était manifestement blessée de l'inefficacité des pactes. Lorsqu'ils se rattachaient à un contrat contemporain ou préexistant, n'y avait-il pas nécessité de les faire observer? Le droit prétorien y pourvut dans la mesure de son pouvoir, en faisant produire aux pactes des exceptions, et quelquefois en leur attribuant la vertu de modifier directement les actions.

La protection prétorienne, bien qu'assez étendue, restait insuffisante toutes les fois que le pacte n'était pas l'accessoire d'un contrat, mais tendait *ab initio* à créer des obligations. De là, la *Théorie des contrats innomés.*

Deux personnes, par un pacte synallagmatique, s'obligent à des prestations réciproques, consistant, soit dans une dation ou translation de propriété, soit dans un fait quelconque à accomplir; elles font une convention *do ut des, do ut facias, facio ut des,* ou *facio ut facias.* Si ces conventions ne peuvent rentrer dans l'un des contrats consensuels nommés (vente, louage, société ou mandat), ni l'une ni l'autre des parties n'est obligée civilement. Jusque-là, et tant que le pacte n'a reçu aucune exécution, le besoin d'un progrès ne se fait pas impérieusement sentir; les parties auraient pu ne pas conclure la convention, elles peuvent ne pas la parfaire. Mais supposons que l'une d'elles ait exécuté le pacte, que l'autre ait accepté l'exécution, ne va-t-il pas y avoir une injustice à refuser toute action, à permettre à celui qui a reçu de conserver le bénéfice de la convention, sans exécuter de sa part ce qu'il a promis?

Digitized by Google

Cette injustice dut frapper les Romains de très-bonne heure; et les prudents firent tous leurs efforts pour la conjurer. Cependant ils n'admirent pas tout d'abord l'idée de véritables contrats venant s'ajouter à ceux que reconnaissait l'ancien droit civil. Le premier progrès paraît avoir été celui-ci : quand il est intervenu une convention *do ut des*, ou *do ut facias*, et que celui qui a promis une dation l'a exécutée, sans que l'autre ait rempli ses engagements, on donnera au premier le droit de se faire remettre la propriété de sa chose au moyen d'une *condictio*. Cette *condictio* s'appellera *condictio ob rem dati* (plus tard *condictio causa data causa non secuta*), et elle se fondera sur ce que la dation, ayant été faite en vue d'un but qui n'a pas été réalisé, doit être révoquée, de même que la *condictio sine causa* et la *condictio indebiti* se fondent sur ce qu'une dation a été faite en vertu d'une cause qui n'existait pas dans la réalité. Ces deux actions n'impliquent ni l'une ni l'autre l'existence d'un contrat : elles tendent à remettre les choses dans l'état où elles étaient, tandis que le propre d'un contrat est d'apporter un changement quelconque.

La *condictio ob rem dati* ne se concevait d'ailleurs que si l'exécution première du pacte consistait dans une dation; elle ne pouvait servir qu'à répéter un objet dont on avait transféré la propriété. Elle était donc inapplicable aux conventions *facio ut des, facio ut facias*. Un second progrès devint nécessaire : il fut réalisé au moyen de l'application à ces hypothèses, de l'action *de dolo* en faveur de celui qui avait exécuté le *factum* convenu. — L'action *de dolo*, remède extrême du droit romain, n'était pas plus contractuelle que la *condictio ob rem dati;* et elle se donnait dans des limites trop étroites pour qu'elle pût toujours être efficace.

Enfin ce fut ici le troisième et dernier progrès : on se décida à reconnaître dans les conventions *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, de véritables contrats, non pas dès la formation du pacte, mais sitôt que l'une des parties avait rempli son engagement. Et pour faire exécuter ces contrats, on donna l'action *præscriptis verbis*, ainsi nommée parce que la formule, au lieu d'exprimer d'un mot dans la *demonstratio* le nom du contrat générateur, en développait les circonstances par une paraphrase. L'action *præscriptis verbis* ne reçut sans doute pas sa première application à l'égard des contrats innomés;

Digitized by Google

elle dut être employée d'abord, et des textes semblent le démontrer, dans des cas où l'on avait affaire à un contrat nommé, mais où il pouvait y avoir doute sur la dénomination du contrat ou sur le rôle respectif des parties (L. 1, § 1, D., *De præscr. verb.*). Elle se trouva ainsi toute prête à l'avance pour les contrats innomés. Il est à remarquer d'ailleurs que les jurisconsultes de l'école Sabinienne, timides en matière d'innovations, et qui résistèrent à l'admission des contrats innomés et de l'action *præscriptis verbis*, n'en cherchaient pas moins à donner effet aux conventions *do ut des*, etc., en les ramenant à leurs analogues parmi les contrats nommés, en assimilant par exemple l'échange à la vente. Mais l'insuffisance de leurs efforts dut amener le triomphe et la généralisation de l'action *præscriptis verbis*.

Les contrats innomés sont presque toujours considérés par les interprètes comme se rattachant aux contrats formés *re*; et en effet, pour qu'ils soient constitués comme contrats, pour qu'ils produisent une action, il faut qu'il y ait eu remise d'une chose ou exécution d'un fait par l'une des parties. Ils s'écartent néanmoins en plusieurs points des quatre contrats nommés que les textes nous présentent comme formés *re*. Ces quatre contrats se forment toujours par la remise d'une chose corporelle; les contrats innomés peuvent se former par suite d'un *factum*, aussi bien que d'une remise de chose. Mais, ce qui est plus important, les quatre contrats de *mutuum*, de commodat, de dépôt et de gage, se forment *re* par la nature même des choses; il est impossible de concevoir les obligations qu'ils font naître sans la remise d'un objet; par là même ils sont nécessairement unilatéraux, ou tout au plus synallagmatiques imparfaits. Au contraire, dans les contrats innomés, la remise d'une chose ou l'exécution d'un fait vient simplement donner le caractère obligatoire et la sanction du droit civil à un pacte préexistant, qui, rationnellement, pourrait produire obligation par lui-même, à un pacte synallagmatique de sa nature. Une autre différence réside dans le maintien de la *condictio ob rem dati* à côté de l'action *præscriptis verbis*. Dans le contrat innomé, la partie qui a exécuté son obligation peut forcer l'autre à exécuter la sienne par l'action *præscriptis verbis;* mais elle peut également, si l'autre partie est en demeure, répéter la chose par la *condictio*, comme s'il n'y avait pas eu de con-

Digitized by Google

trat. On peut voir dans l'ouvrage de M. Accarias quelles transformations a dû subir cette *condictio*, et dans quels cas elle est restée absolument facultative pour le demandeur (*condictio ex pœnitentia*).

Cette imparfaite analyse des premières leçons de M. Accarias permet de juger de l'importance historique et philosophique de son sujet. Il s'agit d'une création progressive du génie des prudents romains. Mais ce caractère même, qui fait l'intérêt du sujet, en augmente la difficulté. Sans compter que les jurisconsultes romains n'ont pas toujours marché ensemble dans la voie des idées progressives, qu'ils n'ont pas toujours suivi les conséquences de leurs propres déductions, leurs opinions ne nous apparaissant plus qu'à travers la compilation de Justinien. Les rédacteurs de cette compilation, en possession de résultats définitifs, ne se sont pas occupés d'en faire ressortir l'avénement successif. Tout au contraire, ils ont cherché à rassembler les textes qui donnaient le dernier état de la doctrine, et à y accommoder ceux des époques antérieures par des mutilations et des interpolations. Ce n'est donc la plupart du temps que par des conjectures, appuyées sur une critique délicate et précise, que M. Accarias a pu reconstituer l'histoire de son sujet : sens philosophique, connaissance approfondie des textes, induction philologique même, il lui a fallu tout cela pour ne pas s'égarer; il a dû marcher dans une perpétuelle défiance de la sincérité de ses textes. Quelquefois il a été servi par la maladresse des commissaires de Justinien, qui ont laissé intacts les vestiges des anciennes doctrines. M. Accarias, au lieu de s'arrêter alors au puéril exercice de concilier des antinomies inconciliables, a fait jaillir de là les plus utiles lumières pour éclairer sa marche.

Dans ce travail vraiment scientifique, il a déployé toutes les ressources d'un esprit ingénieux et original. Bien des opinions neuves pourront surprendre au premier abord certains lecteurs; il en est même que nous hésitons encore à accepter, quelque spécieuses qu'elles soient.

M. Accarias émet par exemple (14e conférence) cette opinion, que dans les actions de bonne foi l'*intentio* n'était peut-être pas nécessairement *incerta*, et que par conséquent la plus-pétition *re* y aurait été possible. Il s'appuie surtout sur le texte de Gaïus (IV, 40-41), qui, en donnant les éléments d'une for-

Digitized by Google

mule, indique les *demonstrationes* des actions *venditi* et *depositi*, puis propose deux *intentiones*, l'une *certa*, l'autre *incerta*.

Nous avons peine à nous ranger à cette opinion, que notre savant auteur lui-même qualifie de paradoxe; et nous demandons à lui soumettre quelques-unes des raisons qui nous éloignent de son avis. — La nature même des actions de bonne foi semble exclure cette précision rigoureuse, qui peut amener l'injuste résultat de la plus-pétition; dans ces actions où le pouvoir du juge est si étendu, et lui permet toujours d'allouer des accessoires d'une appréciation variable [1], comment admettre que la formule limite étroitement son pouvoir? La vertu de l'action de bonne foi est de permettre au juge d'apprécier *ex bona fide*, non-seulement s'il est dû quelque chose au demandeur, mais combien il lui est dû (*potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi,* QUANTUM *actori restitui debeat*) [2]. — Enfin, dans une *intentio certa,* on insère l'exception de dol, l'action se trouve assimilée au moins partiellement à une action de bonne foi [3]. Or l'exception de dol, en particulier quand elle sert à opposer une compensation, a précisément pour effet, selon une doctrine généralement suivie, et que nous croyons seule fondée, de permettre au juge de condamner à une somme moindre que celle portée dans l'*intentio*, sans le mettre dans la nécessité de condamner ou d'absoudre absolument [4]. L'insertion de l'exception de dol, dans une action de droit étroit et *certi*, a donc pour effet, dans un cas donné et au point de vue de la plus-pétition, d'assimiler l'action à une action *incerti;* et d'autre part, dans toute action de bonne foi, l'exception de dol est sous-entendue. — Enfin, quant à une correspondance exacte entre les *demonstrationes* et les *intentiones* indiquées par Gaïus, nous ne pensons pas que le juris-

[1] « Tantumdem in bonæ fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio. » (Paul, L. 7, D., *De neg. gest.*)

[2] Inst., *De actionibus*, § 30.

[3] « Igitur, si res singulas heredes L. Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio; bonæ fidei autem judicio constituto, » etc. — Papinien, L. 42, pr., D., *De mort. causa don.*

[4] V. M. Demangeat, *Cours élémentaire*, t. II, p. 613 et suiv. — En sens contraire, M. Ortolan, t. III, nos 2180 et suiv.

Digitized by Google

consulte ait songé à l'établir; il a simplement voulu donner des exemples variés, et au paragraphe suivant il fournit un exemple d'*adjudicatio*, qui certainement ne correspond à aucune des *demonstrationes* et des *intentiones* précédemment citées.

Si cette nouveauté nous semble trop hasardée, l'ouvrage de notre collègue nous en offre de très-heureuses, par exemple la critique de la théorie si accréditée de la *causa civilis* dans les contrats (1re conférence); — la détermination du caractère vraiment synallagmatique des contrats innomés, et leur distinction d'avec les contrats réels proprement dits (2e et 4e confér.), etc.

M. Accarias a souvent trouvé l'occasion de porter une lumière nouvelle dans plusieurs théories des contrats nommés et d'étendre ainsi la portée et l'intérêt de son sujet. Il lui a fallu chercher la limite exacte entre tels ou tels contrats nommés, et des contrats analogues qui ne peuvent former que des contrats innomés. De là, par exemple, un parallèle complet et brillant de la vente et de l'échange (8e conf.), une dissertation substantielle et tout originale sur les choses qui peuvent faire l'objet d'un louage (9e conf.).

La forme de l'ouvrage ajoute encore à l'intérêt du fond. Simple et claire dans l'exégèse des textes, elle s'élève sans effort dans la généralisation, dans l'exposition de la marche des idées; et il se dégage de ce travail, comme conclusion dernière, une confiance bien justifiée dans les recherches de la science, une conviction ardente pour les progrès du vrai et du bien. Le droit romain n'est pour M. Accarias ni une lettre morte ni un dernier mot. Comme il l'a dit ailleurs, « ce serait chose vraiment décourageante si, après treize siècles de labeurs, les institutions juridiques, celles qui mesurent le bon sens et la moralité d'un peuple, n'avaient su que déchoir du degré où les avaient déjà portées les Romains. »

LÉOPOLD THÉZARD.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. BRESSOLLES, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

DE LA LÉGITIMATION PAR MARIAGE SUBSÉQUENT DES ENFANTS, NÉS AVANT CE MARIAGE, DE PERSONNES QUI, A RAISON DE LEUR PARENTÉ, NE POUVAIENT SE MARIER QU'AVEC UNE DISPENSE.

La Cour de cassation n'avait pas encore eu l'occasion de se prononcer directement sur la question de savoir si les enfants nés de personnes qui, à raison de leur parenté, ne pouvaient se marier sans dispense à l'époque où ils ont été conçus, sont légitimés par le mariage de leurs parents, postérieur à leur naissance [1]; mais tout le monde sait combien cette question était controversée, depuis longues années, entre les auteurs et les diverses Cours. Nous n'avons pas le projet de reprendre ici tous les détails de cette discussion, soutenue dans les deux camps, par des jurisconsultes également dignes de déférence et d'influence scientifique. On pourra les trouver dans l'excellent ouvrage de M. Demolombe, t. V, nos 352 et suiv., avec l'indication complète, comme il a la consciencieuse habitude de le faire, de toutes les autorités à consulter.

En se décidant, par ses deux arrêts du 22 janvier 1867 [2], pour la légitimation des enfants dont il s'agit, fussent-ils même nés avant la loi du 16 avril 1832 (qui a étendu aux beaux-frères et belles-sœurs la possibilité des dispenses, d'abord limitée aux oncles, tantes, nièces et neveux par l'article 164 du Code Napoléon), la Cour de cassation a fait mentir les conjectures, presque les prophéties, qui avaient été dès longtemps formulées sur le sens probable du premier arrêt qu'elle serait appelée à rendre sur la question. M. Duranton disait : « Si un « arrêt rejetait la légitimation, comme il serait rendu en con-

[1] Nous laissons de côté les complications venant du mariage *postérieur* à la *conception*, mais *antérieur* à la *naissance* de ces enfants. — Art. 314 du Code Napoléon.

[2] *Le Droit* du 31 janvier 1867.

Digitized by Google

« formité de la lettre de la loi, il serait à l'abri de la censure « de la Cour suprême, et probablement, s'il l'avait admise, « il ne serait point non plus cassé [1]. » M. Demolombe, de son côté, en adhérant implicitement, comme cela devait être dans son opinion, à la concession de M. Duranton, sur la *non-cassation* de l'arrêt qui refuserait la légitimation, se disait très-convaincu que l'arrêt qui l'admettrait, et dont M. Duranton déclarait la cassation improbable, *devrait être cassé.*

Or la Cour suprême a été mise en demeure de se prononcer nettement sur l'hypothèse dans laquelle l'honorable professeur de Paris pensait que le respect dû *au texte de la loi* commanderait le *rejet* du pourvoi, formé contre un arrêt qui n'aurait pas admis la légitimation, et, loin de s'arrêter à ce mode, un peu douteux, d'exprimer son sentiment, elle a *cassé* un arrêt de la Cour de Colmar, comme ayant *faussement appliqué le texte et méconnu l'esprit du Code civil,* en écartant de la légitimation, comme enfants incestueux, les enfants dont nous avons plus haut indiqué l'origine.

Cet arrêt sera-t-il le dernier mot de la jurisprudence de la Cour régulatrice, et si les chambres réunies sont appelées à statuer sur un nouveau pourvoi, persisteront-elles dans l'opinion émise par la chambre civile? Nous n'oserions rien prédire, après les déceptions des conjectures antérieures; mais ce qui est, pour nous, une conviction, qui n'a jamais varié depuis plus de vingt ans que nous enseignons le Code civil, c'est que l'arrêt du 22 janvier ne devrait pas *faire jurisprudence.* Selon nous, admettre la légitimation, c'est à la fois, non pas seulement *faussement appliquer,* mais *violer* le texte et *méconnaître* l'esprit de la loi.

Pour motiver notre sentiment, nous allons grouper les observations critiques qui nous sont suggérées par l'arrêt *Broun,* qui résout la question, indépendamment de toute complication provenant de l'influence de la loi du 16 avril 1832, à l'égard des enfants nés avant elle; nous ne dirons qu'un mot, à la fin et sous la forme d'*à fortiori,* de l'arrêt *Bourgeois,* où la circonstance de la naissance des enfants, avant cette loi, rendait la légitimation bien plus problématique.

[1] *Cours de droit français,* 3e édition, t. III, n° 177.

Digitized by Google

I.

Il n'est pas difficile de voir, au milieu des motifs de l'arrêt de la Cour de cassation, pris d'abord des *considérations théoriques sur les divers degrés de l'inceste*, puis dans l'*ancien droit*, puis dans les *travaux préparatoires* du Code, enfin dans de *nouvelles considérations sur les inconvénients pour la paix des familles*, de l'opinion contraire à la légitimation, que tous les efforts de la Cour tendent à décliner la force du texte de l'article 331, et, pour parler simplement, à tourner la difficulté qu'on ne peut directement éviter : on voit que c'est là le grand effort de l'arrêt ; *hic opus, hic labor*, quoique l'article dont il s'agit n'y arrive que sous la forme importune d'une objection, contre laquelle les réfutations semblent abonder.

C'est qu'il faut avouer que ce texte est vraiment embarassant : — 1° Il exclut de la légitimation les enfants *nés d'un commerce incestueux*, c'est-à-dire conçus dans un rapport entre personnes qui, à ce moment, ne pouvaient se marier pour cause de parenté ou d'alliance : or, comment qualifier ceux qui nous occupent, puisque, en droit et en fait, leurs père et mère ne pouvaient alors se marier? — 2° C'est la légitimation *par mariage*, la seule admise aujourd'hui, dont il s'agit de priver ces enfants : or, comment l'article 331 peut-il penser à des enfants nés de parents auxquels le mariage est à tout jamais impossible? — 3° La *reconnaissance antérieure* ou *au moins contemporaine au mariage* est une condition *sine qua non* de la capacité d'être légitimé : or, comment ne serait-il pas question, dans la prohibition de légitimation qui, dans l'ordre des temps, est le complément de la reconnaissance, des mêmes enfants dont l'article 335 défend la reconnaissance? Il faut donc convenir qu'à ne poser la question qu'en face du *texte de l'article* 331, la solution contraire à celle de la Cour de cassation se présente naturellement et logiquement à l'esprit : c'est quelque chose de considérable, ce me semble, sous l'empire d'une législation officiellement écrite et codifiée.

Digitized by Google

II.

Puisque le texte de la loi est si énergique, pourquoi la Cour suprême casse-t-elle l'arrêt de Colmar qui est *conforme* à ce texte? Ce n'est point pour avoir *violé* l'article 331, mais pour l'*avoir faussement appliqué*.

Comment donc est justifiée, dans les motifs, cette *note* contre l'arrêt cassé? Si l'article 331 n'est pas *applicable* aux enfants issus d'oncles et nièces, tantes et neveux, beaux-frères et belles-sœurs, à quels enfants faut-il donc l'*appliquer* pour être dans le vrai?

L'arrêt n'accepte pas, il faut lui rendre justice, l'argumentation des auteurs qui, sous prétexte que le Code n'a pas défini l'inceste, prétendent que les enfants en question N'ONT PAS ÉTÉ CONÇUS DANS L'INCESTE, attendu que leurs parents ont été admis à se marier plus ou moins longtemps APRÈS CETTE CONCEPTION, et qu'ils pourront ainsi, DANS L'AVENIR, s'unir sans inceste : nous parlerons plus bas du prétendu effet rétroactif des dispenses; mais, en ce moment, nous constatons que l'arrêt du 22 janvier ne purge pas; *de plano*, ces enfants du cachet de l'inceste, et rien n'est plus conforme au sens traditionnel de ce mot : on a toujours répondu, comme Cujas[1], à la question *quid est incestum? Contumelia quæ infertur sanguini vel necessitudini per nefarium illicitum* COITUM.

Si ces enfants sont donc incestueux lors de leur conception, comment éviter l'application de l'article 331? L'arrêt répond d'abord (1er *motif*) par la constatation d'un fait incontestable, en droit et en morale, « que les liens plus ou moins étroits « que la nature ou la loi établit entre deux personnes peuvent « avoir pour effet ou de rendre leur mariage absolument im- « possible ou de ne le permettre qu'à certaines conditions; » et après cette énonciation, l'arrêt *affirme* (3e *motif*) « que les « expressions de l'article 331 n'ont en vue que ceux qui doi- « vent le jour à des personnes entre lesquelles le mariage est « absolument interdit, ou qui n'ont pas obtenu du gouverne- « ment la permission de le contracter. » D'après cela, à la

[1] Cujas, in lib. XXXVI *Quæst. Papin.* — *Op. omn.*, édit. Neap., IV, col. 816.

Digitized by Google

question ainsi posée : *à quels enfants incestueux s'applique la prohibition de légitimation par* MARIAGE? il faut répondre : à ceux dont les parents NE PEUVENT SE MARIER ! Veut-on que, par fraude ou par erreur de l'officier, une telle union ait été contractée? En cas de mauvaise foi des époux, c'est comme si le mariage annulé n'eût jamais existé, et il ne peut être question de légitimation ; si le mariage a été putatif, on sait que c'est déjà un point controversé que de savoir si les enfants *naturels* sont légitimés par le mariage contracté de bonne foi ; mais, à coup sûr, les incestueux dont il s'agit ne le seraient pas, et dès lors l'article 331, pour n'être pas *faussement appliqué* comme l'aurait fait l'arrêt de Colmar, ne devrait l'être que dans les cas où son *application est précisément impossible !* Comment d'ailleurs l'article 331 aurait-il pu songer à des enfants *absolument* incapables d'être reconnus, au moment même où il exige la reconnaissance pour la légitimation? Ce premier moyen d'écarter le texte de l'article 331 ne nous paraît donc pas victorieux : si l'arrêt de Colmar *applique faussement* l'article, nous ne voyons pas qu'on y substitue une *plus heureuse application.*

Aussi l'arrêt ajoute-t-il qu'avoir refusé la légitimation à ces enfants, c'est en outre « *avoir méconnu l'esprit* » des articles 331 et 335.

III.

Ici l'argumentation de l'arrêt prend un autre caractère, et il le fallait bien, car la proposition énoncée se traduit ainsi : « Le « *texte* de la loi parût-il condamner la légitimation, *l'esprit* « l'autorise, » et la conclusion finale n'est autre que de *sacrifier le texte,* parce qu'il *ne rendrait pas fidèlement la pensée du législateur.*

Nous voilà donc en présence de l'une des plus grandes difficultés que rencontre l'interprète d'une loi écrite : heureusement que l'art d'interpréter a ses règles sur l'emploi des moyens dont il dispose : il ne s'agit que de nous y conformer.

I. L'arrêt du 22 janvier invoque tour à tour à l'appui de sa solution trois ordres de motifs : — 1° les *antécédents historiques* de la question ; — 2° les *considérations théoriques* qui auraient autrefois amené une solution favorable aux enfants, et

Digitized by Google

qui subsistaient encore à l'époque de la rédaction du Code; — 3e les *travaux préparatoires* de ce Code.

II. Certes, nul plus que nous n'est partisan de l'emploi de ces divers éléments d'interprétation; et, dès nos débuts dans la littérature juridique, quand notre ancienne *Revue de législation* accueillait nos premiers essais, il y a trente ans, nous écrivions une série d'articles *sur l'histoire et la philosophie appliquée à l'étude des lois civiles*[1]; mais il y a, en ces opérations de l'esprit, de vrais écueils à éviter : ainsi, pour *l'argument historique*, il faut, avant tout, bien *constater le fait passé*, d'où l'on veut induire pour le présent, et cela fait, *comparer les deux époques* et vérifier s'il y a *identité* de situation pour appliquer l'induction ; — quant à *l'argument philosophique*, le danger est encore plus grand, car ce n'est pas ce qui *devrait être*, ce qu'aurait *dû faire* le législateur qu'il faut rechercher, mais ce qu'il *a voulu faire* : ce n'est pas même par les conséquences possibles du texte qu'il faut juger, mais en recherchant si ces conséquences sont contre les vues du législateur : en d'autres termes, on doit bien se garder de transformer une pure *question de droit* en question de *législation*. — Enfin, quant aux *travaux préparatoires* sur lesquels nous avons eu aussi l'occasion de nous expliquer ailleurs[2], on sait avec quelle prudence il faut les consulter; pour que l'un des procédés qui y ont été employés à la rédaction d'un article du Code soit considéré comme ayant *faussé* l'intention du Conseil d'État et la volonté du Corps législatif, il ne suffit pas de ne pas trouver un vote significatif; il faut prouver qu'il y a eu *erreur incontestable*.

Cela posé, pesons les divers motifs de la Cour suprême.

III. *Argument historique*. — Ceci est, à vrai dire, le grand pivot de l'arrêt :

« Quand, sous l'ancien droit, dit la Cour (2e *motif*), des dis-
« penses étaient accordées pour cause de parenté, elles effa-
« çaient l'empêchement pour le passé comme pour l'avenir :
« les parents au degré prohibé étaient considérés comme ayant
« toujours été libres, et, par suite, leurs enfants pouvaient
« être légitimés par le mariage subséquent : — voilà la *ma-*
« *jeure* du syllogisme. »

[1] *Revue de législation*, VIII, p. 321; IX, p. 42, 311; XVI, p. 366, etc., etc.
[2] *Revue de législation*, XLIII, p. 377.

Digitized by Google

Or « la loi nouvelle (3e *motif*) n'est pas, à cet égard, plus « sévère que l'ancienne : — voilà la *mineure*. »

Donc, « si la règle de l'article 331 est générale et absolue « quand il s'agit d'enfants nés d'un commerce adultérin, il en « est autrement quand il s'agit d'enfants nés d'un commerce « incestueux (5e *motif*); ceux dont les père et mère n'ont pas « obtenu ces dispenses ne peuvent être mis sur la même ligne « que ceux dont les père et mère n'ont pas obtenu ces dispen- « ses, et le droit nouveau n'a pas, plus que l'ancien, privé les « premiers du bénéfice de la légitimation qu'il a refusé aux se- « conds (6e *motif*). »

Les deux prémisses sont-elles fondées, comme cela est indispensable pour la légitimité de la conclusion? C'est ce qu'il faut examiner.

D'abord la *majeure* : « La légitimation était admise pour les « enfants des père et mère dispensés, et la dispense produisait « un effet rétroactif qui purgeait tout le passé. »

Nous n'avons pas le projet de répéter tout ce qui a été plusieurs fois exposé, sur ce point, par les adversaires de la légitimation; mais ne résulte-t-il pas au moins des citations qu'ils ont empruntées soit à Pothier, soit à l'ancien Répertoire, et de la note de d'Héricourt, en ses *Lois ecclésiastiques*, 3e partie, chap. 5, n° 38, que la doctrine, indiquée par l'arrêt, comme droit commun pour tous les mariages contractés avec dispense, était sujette à controverse, subissait dans l'application d'importantes distinctions, et qu'en fait, c'était surtout pour les cas qui, aujourd'hui, n'exigent pas de dispenses civiles, que la légitimation était admise par les Parlements? On ne peut donc s'appuyer sur la doctrine de l'ancien droit comme sur une affirmation incontestable.

On nous permettra même d'entrer, à cet égard, dans quelques explications qui nous paraissent avoir été négligées et qui ne sont pas sans importance.

Le point de départ de ceux qui admettaient la légitimation était la fameuse décrétale d'Alexandre III : « *Tanta est vis ma-* « *trimonii, ut qui anteà sunt geniti, post contractum matrimo-* « *nium legitimi habeantur* [1]. »

En considérant cette proposition comme l'énoncé d'une règle

[1] *Décret.*, Greg., lib. IV, tit. 17, *Qui filii sint legitimi*, cap. 6.

Digitized by Google

générale, on s'habitua à l'idée que le *droit canonique permettait la légitimation, par mariage subséquent,* des enfants qu'avaient déjà eus les époux, sans avoir égard au lien de parenté, au degré prohibé, qui avait pu infecter la conception; et, sous prétexte que la décrétale ne faisait exception que pour les enfants adultérins, on traitait plus favorablement les enfants incestueux; c'était même la grande indulgence de cette opinion qui avait induit les tribunaux civils, vrais juges des conditions civiles de la légitimation, à admettre les distinctions, déjà rappelées, entre les divers cas de dispense.

Or, sans trop nous donner ici comme canoniste, nous émettrons pourtant un doute sérieux sur la portée qu'on a voulu donner à la décrétale *Tanta est vis.* — La mention spéciale des adultérins pour les exclure de la légitimation, ne pourrait valoir comme favorisant les incestueux, que par application de la maxime trompeuse *inclusio unius est exclusio alterius.* Mais la raison ne pourrait être ici satisfaite de cette application; car, en soi, l'inceste est plus grave encore que l'adultère : « *Incestum est, naturâ, graviùs adulterio,* » dit Cujas, et dès lors comment expliquer l'indulgence de la décrétale pour le désordre le plus répréhensible? Le texte d'ailleurs de ce document nous paraît pouvoir comprendre les enfants incestueux dans sa partie restrictive; en effet, elle exclut l'enfant adultérin des bénéfices de la légitimation, en déclarant qu'à cause du vice de son origine, il continue à demeurer *filius spurius,* malgré le mariage ultérieur de ses parents. Or, par opposition aux *liberi naturales,* les enfants incestueux étaient qualifiés de *spurii*[1], et, en particulier, ce mot est formellement appliqué aux enfants de beaux-frères et belles-mères, par la loi 2, Cod. Theod., *De incestis nuptiis.* On peut donc conjecturer que la décrétale avait *trouvé inutile* de prohiber *formellement* la légitimation des enfants légalement *spurii,* et, si elle s'est expliquée sur les adultérins, ce n'est pas pour favoriser les incestueux.

Ces conjectures peuvent d'autant mieux être acceptées, que la légitimation n'étant pas une création du droit canonique, et ce droit l'ayant trouvée réglée par le droit romain, inspiré toutefois lui-même par l'influence des idées chrétiennes, il est probable qu'il a eu, comme lui, l'intention de n'accorder la

[1] Vicat, *Vocabul. juris,* v° *Spurius,*

Digitized by Google

légitimation qu'aux enfants pour lesquels « *matrimonium minimé à legibus interdictum fuerat,* » ce qui ne pouvait s'appliquer aux incestueux, ainsi que cela résulte de la novelle 89, chap. XV.

Nous convenons que les canonistes, qui ont surtout parlé des effets de la légitimation comme moyen de faire cesser l'*irrégularité pour les Ordres,* provenant du *defectus natalis,* professaient habituellement l'indulgence dont nous venons de parler; mais cela ne prouve point que l'esprit de la décrétale ait été aussi large, et ce qui nous confirme dans notre sentiment à cet égard, ce sont le fait et le document suivants, qui n'ont jamais été cités, à notre connaissance, dans la controverse actuelle.

L'archevêque de Saint-Dominique (île Saint-Domingue), ayant eu à se prononcer sur une légitimation d'enfant adultérin, avait cru devoir consulter le pape Benoît XIV, et il paraît que, dans son *Mémoire,* il s'était montré favorable à cette légitimation, sous prétexte que la décrétale *Tanta est vis* semblait ne refuser la légitimation que dans le cas où l'époux adultère avait machiné contre la vie de son conjoint, pour pouvoir épouser son complice : « *Si in mortem uxoris prioris alter « eorum aliquid fuerit machinatus.* » C'était une erreur évidente, car la décrétale ne parle de cela que comme circonstance *aggravante.* Le pape répondit, par une lettre très-remarquable, en date du 5 décembre 1744 [1], où il réfute énergiquement et avec la science canonique qu'il possédait [2], toutes les raisons sur lesquelles on veut étayer l'opinion favorable à la légitimation. Or, parmi les arguments de l'archevêque, il y avait celui-ci : Aux yeux de la loi canonique, les enfants incestueux sont plus abominables que les enfants adultérins (*magis abominabilem esse prolem incestuosam quàm sit proles adulterina*), et si la légitimation est admise pour ceux-là pourquoi ne pas l'admettre pour ceux-ci? Voici ce que répond Benoît XIV à cette allégation générale de la légitimation des incestueux : « Porrò legitimatur proles incestuosa, ope dis« pensationis quæ dicitur *in radice matrimonii;* ut autem « obtineatur hujus modi dispensatio, quæ non sinè urgentissimâ

[1] *Bullarium Romanum,* édit. de Luxemb., 1752, in-f°, XVI, p. 260.
[2] *Cujus vitæ ætas ferè omnis in sacrorum canonum studiis exacta est,*

Digitized by Google

« causâ concedi consuevit, requiritur quod proles nata sit « *ex copulâ non manifestè fornicariâ*, *sed putativè matri-* « *moniali*, quodque impedimentum quo matrimonii nullitas « inducta est, non à jure divino aut naturali, sed à jure dun- « taxat ecclesiastico proveniat : sicque, et non aliter, legiti- « matur proles incestuosa, vigore dispensationis quæ dicitur « *in radice matrimonii.* » Cette lettre pontificale dans laquelle, selon le langage de Devoti[1], la décrétale *Tanta est vis* est interprétée *solidè copiosèque*, nous paraît très-importante : — 1° Elle n'admet la légitimation que pour une catégorie des enfants incestueux, ceux dont les parents n'étaient incapables de se marier qu'en vertu du droit arbitraire. — 2° *Ceux-ci même ne le pouvaient* que lorsqu'ils étaient *issus d'un mariage putatif* et non d'un commerce *manifestè fornicarium.* — 3° Une *simple dispense*, réhabilitant le mariage, ne suffisait pas; il fallait une dispense *in radice matrimonii*, c'est-à-dire, réparant tous les effets de la conjonction incestueuse. On voit, d'après cela, que si, même après un *mariage célébré de bonne foi*, la *simple dispense* ne suffisait point pour légitimer les enfants incestueux, couverts cependant par le voile du mariage, il est peut-être téméraire d'étendre la formule *Tanta est vis* jusqu'à dire que *toute dispense avant mariage* suffisait canoniquement pour légitimer les enfants *incestueux* nés *ex fornicariâ copulâ.*

La première partie de la majeure de l'argument historique, prise soit de l'ancien droit français, soit du droit canonique, n'a donc pas un fondement bien solide, et ce que nous venons de dire enlève aussi sa force à la seconde partie de l'argument, consistant à prétendre que la *dispense rétroagit sur le passé* et nettoie les enfants de toute souillure ; en effet, il est très-vrai que pour les *liberi naturales*, la légitimation, par une bienveillante fiction, les suppose issus du mariage; mais déjà cette fiction s'arrête, pour les effets civils, au jour de la célébration, sans remonter à la conception, qui a toujours son vice et qui empêche ces enfants d'être considérés comme légitimes dès ce moment. Comment la décrétale eût-elle implicitement ajouté, ainsi que le disaient dans l'ancien droit les adversaires de la légitimation[2], la *fiction de la dispense rétroactive* à la *fiction de*

[1] *Instit. canon.*, t. Ier, p. 315.
[2] V. D'Héricourt, *loc. citat.*

Digitized by Google

la légitimation ? — Nous venons de voir que, même pour les mariages putatifs, la *simple dispense* différait, sous ce rapport, de la dispense *in radice matrimonii :* celle-ci remontait *seule* à une époque antérieure à sa date, tandis que la première ne produisait d'effets que pour l'avenir. Le Père Gury, l'un des théologiens les plus écoutés de notre siècle et dont la perte récente est vivement sentie, s'exprime ainsi à ce sujet : « Differt dispensatio *simplex* à dispensatione in *radice*, quod prior « effectum suum *non habet nisi à tempore quo conceditur*, seu « ex *nunc;* posterior verò convalidat matrimonium à tempore « matrimonii, seu ex *tunc*..... hinc dicitur *in radice,* ex eo « quod destruat effectum impedimenti à principio matrimonii « scilicet, 1°, 2°, 3°, *legitimitatem filiis concedendo*[1]. » — Une telle sévérité envers le *mariage putatif* permet-elle de penser que la dispense *simple, après un commerce formellement illicite et incestueux,* puisse avoir l'effet d'*effacer tout le passé* et de faire considérer les parents des enfants comme ayant toujours été libres, *ex tunc ?....*

Donc la *majeure* du syllogisme historique peut être fortement attaquée.

Mais n'importe, accordons comme prouvé que, dans l'ancien droit français, la légitimation était admise dès que la dispense était obtenue et que cette dispense purgeait de son vice ce commerce incestueux.

La *mineure* de l'argument sera-t-elle plus solide? — Elle consiste dans une pure affirmation : « La loi nouvelle n'est pas « plus sévère que l'ancienne, » c'est-à-dire que la légitimation du Code Napoléon n'est que la reproduction de celle de l'ancien droit. Pour ne pas empiéter sur l'argument philosophique, ne cherchons pas, dans des raisonnements, l'opportunité qu'il a pu y avoir à conserver ou à modifier ses règles; ne constatons que les faits. Or nous trouvons, entre l'ancien et le nouveau droit, deux notables différences qui concourent chacune, par une voie opposée, à écarter l'argument historique.

En premier lieu, la légitimation actuelle est *plus difficile* qu'autrefois par la nécessité de la reconnaissance des enfants, qui doit précéder ou accompagner le mariage; or la nécessité de cette reconnaissance ferme l'entrée aux enfants, même des

[1] *Theolog. moral.*, t. I, p. 402.

Digitized by Google

dispensés, qui ne peuvent être reconnus. L'arrêt semble bien dire le contraire puisque, d'après lui, « ce n'est pas au fruit « de l'inceste, mais d'une union purgée par l'effet des dispen- « ses de son vice originel, que la *reconnaissance* et la légiti- « mation profitent. » N'est-ce pas dépasser le but? Admettez que, par une cause indépendante de la volonté des parties, par la mort de l'une d'elles, le mariage ne puisse avoir lieu, irait-on, après les dispenses, jusqu'à permettre la reconnaissance et à rayer l'article 335? Non, sans doute, parce que le but final de la dispense n'a pas été atteint et que la condition, qui devait purifier la filiation, n'est pas remplie; et cependant le Souverain a passé l'éponge, et ce n'est que par force majeure que le mariage n'a pas été célébré!

En second lieu, il y a cela de remarquable que le mariage est aujourd'hui permis entre parents auxquels il suffisait autrefois de demander dispense pour l'obtenir et dont les enfants étaient ainsi légitimés de plein droit, tandis que la dispense n'est restée nécessaire que pour les parents ou alliés à l'égard desquels la dispense n'était autrefois accordée que *cognitâ causâ*, n'avait d'effet que pour l'avenir, et ne pouvait ainsi légitimer les enfants, quoique le mariage fût valable.

Dès lors, si l'on veut s'appuyer sur l'*identité* de l'ancien et du nouveau droit, cette considération serait plutôt contraire que favorable à la légitimation, puisque, dans une partie des règles nouvelles, cette identité n'existe pas, en ce qu'elles imposent une condition de légitimation insurmontable par les enfants en question, — et puisque, dans celle de ces règles où le nouveau droit concorde avec l'ancien, celui-ci repoussait la légitimation.

Donc la *conclusion* de l'argument historique n'est pas admissible, et il n'autorise pas à écarter le texte de l'article 331.

IV. Passons à l'*argument philosophique*. En voici l'énoncé d'après l'arrêt lui-même : « L'article 331 a posé un principe « de haute moralité; mais il ne faut pas en exagérer les consé- « quences (4e *motif*); si cette règle (prohibant la légitimation) « est générale et absolue, quand il s'agit d'enfants nés d'un « commerce adultérin, il en est autrement quand il s'agit « d'enfants nés d'un commerce incestueux (5e *motif*). » Ici, l'arrêt reproduit la différence qui existe entre les enfants dont les parents obtiennent des dispenses et ceux dont les

Digitized by Google

parents n'en ont pas obtenu (6e *motif*). « On ne peut admettre « que, quand les dispenses sont accordées, le législateur « eût voulu *réhabiliter les auteurs de la faute* sans effacer la « tache qui en est résulté pour ceux qui lui doivent l'exis- « tence, et introduire dans la nouvelle famille, qu'il permet « de créer, des causes incessantes de division, en accordant « les honneurs et les avantages de la légimité aux enfants « nés depuis le mariage, et en ne laissant à ceux nés anté- « rieurement que la flétrissure et les incapacités de rece- « voir, qui dérivent d'une origine incestueuse (8e *motif*). » Quant à la nécessité de conserver intacte la pureté des relations de famille, « cet intérêt est protégé bien mieux par la « sévérité que le gouvernement apporte dans l'octroi des dis- « penses, que par le refus qu'on ferait d'appliquer, à un ma- « riage qu'il a permis, l'un de ses motifs les plus salutaires (7e *motif*). »

Voilà tout ce qu'on peut dire de plus fort en faveur de la légitimation.

Que faut-il pour que ces considérations prévallent contre le texte formel de l'article 331? Il faut qu'elles soient sans réplique, et qu'il soit ainsi prouvé *que la parole du législateur a manifestement trompé sa pensée.* Or, il n'en est pas ainsi, et tout en reconnaissant la gravité des considérations qui précèdent, tout en accordant que les rédacteurs du Code auraient pu les adopter et que le législateur pourrait encore modifier l'article 331 sous l'influence de ces observations, nous disons que le texte de l'article 331, entendu selon le sens ordinaire de ses termes et sans faveur pour les enfants déjà issus des dispensés, peut très-bien se justifier, et cela suffit pour qu'on doive le respecter. C'est ici que se fait sentir le danger, que nous avons déjà signalé, de confondre les simples questions d'interprétation avec les questions de législation, et, sous prétexte que le législateur aurait pu mieux faire, de décider qu'il a fait autrement qu'il ne l'a réellement voulu. Cette pente, qui existe en toute matière, est encore plus glissante dans celle des questions d'état, où les considérations de sentiment, où les impressions de chacun influent involontairement sur la conviction scientifique : le désir que la loi soit telle qu'on la voudrait amène facilement à faire croire qu'elle est vraiment telle qu'on la souhaite, et l'on se laisse ainsi aller à un arbi-

Digitized by Google

traire sans règle et sans sécurité pour les citoyens, que les finesses de l'interprète ne doivent pas tromper.

Qu'y a-t-il donc à répondre aux considérations théoriques de l'arrêt?

Laissons de côté, comme sans portée utile, les quatrième, cinquième et sixième motifs; car le premier, qui ne veut pas qu'on *exagère* le principe de haute moralité qui a dicté l'article 331, énonce seulement une règle de législation, d'après laquelle, en effet, le législateur, qui n'est pas casuiste, n'a pas à prescrire toutes les conséquences d'une règle morale : nul ne conteste ce point; mais nous y trouvons au moins la proclamation du *grand intérêt de moralité* qui a inspiré l'article 331. — Le cinquième et le sixième motifs sont l'affirmation réitérée de la thèse à prouver, basée sur la différence incontestée d'ailleurs, qui existe, en soi, entre les divers degrés de l'inceste, différence d'où ne résulte pas nécessairement que la loi ait permis la légitimation; car le législateur humain ne peut pas, comme Dieu, avoir une justice toujours proportionnelle aux faits à réprimer, et la même mesure s'étend à un grand nombre de faits non identiques : en notre matière même, y a-t-il quelque différence entre l'inceste du père et de la fille et celui du frère et de la sœur? Ils sont pourtant à des degrés divers de culpabilité morale.

Que reste-t-il donc pour ne pas s'arrêter au texte de l'article 331?

L'impossibilité d'admettre (« on ne peut admettre, » dit l'arrêt) que, dans la concession des dispenses, il n'y ait pas l'intention *d'effacer complétement* la tache des enfants, quand on veut *réhabiliter les auteurs de la faute?* — Mais c'est toujours la question par la question : toute dispense de parenté ne suppose pas une réhabilitation du passé; il y a bien d'autres causes qui peuvent la motiver, et l'intention même du législateur de 1832, exprimée par le garde des sceaux, qui fit exécuter cette loi dès sa promulgation, a bien été que le commerce antérieur et l'existence des enfants incestueux ne devraient pas être considérés comme causes graves, à l'effet d'obtenir les dispenses; mais, dans les cas même où ces malheurs de famille ont eu lieu, la dispense, en elle-même, n'a pour but que de permettre les relations *postérieures*, et il n'en découle pas nécessairement la purification du passé.

Digitized by Google

Aussi, est-ce ailleurs que dans le *but* des dispenses qu'on espère trouver le motif de la légitimation : c'est dans les inconvénients, pour la famille, de deux catégories d'enfants, issus des mêmes parents et placés en des situations si diverses! Mais ce résultat, dont nous reconnaissons les inconvénients pour ceux qui ont à le subir, ne se présente pas seulement ici : qu'un enfant naturel n'ait pas été reconnu, avant ou lors du mariage de ses parents postérieur à sa naissance, il ne pourra être légitimé, et le voilà bien inférieur à ses frères nés après le mariage! Que l'enfant soit adultérin, le mariage de ses parents qui, civilement, n'ont pas besoin de dispense, ne le légitimera point : cela est traditionnellement réglé et a été formellement décidé, soit par la décrétale *Tanta est vis*, soit par l'article 331 : même disparité entre ces enfants et ceux qui naîtront après le mariage; — que dirait-on des enfants issus d'un mariage incestueux, contracté de mauvaise foi et par fraude ou ignorance de l'officier public, puis annulé, et après l'annulation duquel des dispenses seraient accordées? Pourrait-on assimiler les enfants et donner à la dispense postérieure la force de prévaloir contre la loi, qui refuse les effets civils à tout mariage annulé, quand il n'y a pas eu bonne foi (art. 201 et 202)?

On a beau dire qu'il y a cette différence entre les parents adultères et les incestueux, que les premiers ne pouvaient pas absolument se marier lors de leur commerce, et qu'ils ne pouvaient entrevoir la possibilité d'un mariage que par la mort, quelquefois désirée, de l'époux légitime de l'un des coupables, tandis que la liaison des secondes n'était pas absolument impossible à excuser, puisque l'obstacle à sa légitimité n'a besoin, pour cesser, que d'une gracieuse dispense du Souverain. Cela n'est pas décisif : le commerce, *au moment où il a lieu*, est dans les mêmes conditions pour les deux cas : il y a alors *interdiction de mariage* entre les deux coupables : le mariage est défendu *sous la même sanction d'annulabilité* s'il est contracté, en fait, malgré l'empêchement dirimant (art. 184) qui y met obstacle : les enfants « sont « *issus d'un commerce incestueux*, » comme dit l'article 331. La possibilité d'un mariage ultérieur, si elle ne suppose pas le *votum mortis* en cas d'inceste, comme en cas d'adultère, n'est pas plus aisée à se réaliser dans le premier cas, puisque,

Digitized by Google

pour l'inceste, *il faut toujours une dispense*, qu'on n'est pas sûr d'obtenir et que le commerce antérieur rendra même moins facile, tandis qu'en cas d'adultère, la mort de l'époux légitime, qui peut survenir, sans même supposer un crime de la part du coupable, laisse le champ tout à fait libre. Pourquoi donc ces enfants ne subiraient-ils pas le même sort?

Mais on insiste : ce résultat est déplorable, dit-on ; le législateur n'a pu le vouloir, tant qu'on pourra l'éviter : la dispense, qui vient combler l'espoir qu'ont dû avoir les parents, est l'occasion naturelle de tout couvrir : comment la loi ne l'aurait-elle pas saisie avec empressement? Ceci est très à propos pour expliquer l'esprit d'indulgence que peut avoir eu la législation canonique, si elle est telle qu'on l'a prétendu, malgré les documents contraires que nous avons produits; dans le domaine de la conscience, la loi religieuse possède les plus efficaces moyens de réparer la maladie de l'âme, causée par la faute impure, et, lui rendant sa blancheur première, elle peut vouloir effacer, autant que possible, les traces de cette faute. Mais les procédés de la législation civile sont tout autres, parce que son action est bien plus limitée. Voyez, pour aller à l'extrême, si le glaive de la justice s'arrête devant l'assassin qui a reconnu son crime, qui s'en repent et qui en demande pardon à la société, après l'avoir obtenu de Dieu! Il est absous, il baise l'image du Sauveur : il ne quittera l'échafaud peut-être que pour prendre possession immédiate de la vie bienheureuse : et pourtant c'est comme meurtrier et coupable qu'il mourra, et le bourreau n'épargnera pas un saint! C'est que la loi humaine, impuissante pour agir directement sur les âmes, est obligée de recourir à un ensemble de mesures préventives du désordre moral, soit en lui opposant des obstacles, soit en faisant entrevoir à ceux qui seraient tentés d'y tomber, les résultats fâcheux de leurs débauches pour eux et leurs enfants. L'esprit général de la loi n'est pas de favoriser les mariages entre proches; elle ne peut donc pas laisser croire aux parents qu'elle sera indulgente pour leur faciliter le mariage, dans le cas où ils auront préféré le commerce criminel à l'obtention d'une dispense, et surtout leur laisser espérer que ce commerce sera un titre pour l'obtenir! La crainte de ne pas pouvoir se marier n'arrêtera pas la passion criminelle! dit-on. C'est possible en quelques cas; mais au moins le législateur n'aura pas

Digitized by Google

à se reprocher de l'avoir favorisée pas des espérances qu'il aura encouragées.

Cela répond à la dernière considération de l'arrêt : la paix du foyer repose bien plus sur la sévérité pour la concession des dispenses que sur celle de la loi qui ôterait l'espoir de la légitimation! Ceci est encore une illusion : la sévérité *arbitraire* de l'administration, c'est-à-dire le choix dans les cas d'inceste de même espèce, pour autoriser ou défendre le mariage *ad nutum*, serait plus préventive que la sévérité immuable de la loi, qui, sans acception de personnes, dit *non licet!* Hérode voulait s'accorder dispense pour épouser sa belle-sœur; saint Jean lui dit cette parole : *non licet*, et il n'y eut d'autre moyen de faire taire la loi que de décoller son organe[1]. Les concessions de dispense seront plus ou moins faciles, selon l'esprit dominant dans l'administration, toujours dans les meilleures vues : tantôt le commerce antérieur sera un obstacle, tantôt il ne le sera point; les considérations de famille, de position, d'influence, etc., etc., joueront le plus grand rôle. Qui vous dit que la loi n'a pas été mue par ces énervations possibles de la rigidité morale pour la conservation du foyer domestique? Qu'on prouve le contraire, et il le faudrait!

L'article 331 peut donc se défendre contre les *arguments philosophiques* de l'arrêt : son *texte* est victorieux, et ce n'est pas en *méconnaître l'esprit* que de l'appliquer aux enfants qui nous occupent; il n'est pas même démontré que ce dût être une amélioration de notre législation que d'en restreindre la rigueur.

V. Reste enfin, car il faut finir, après l'invocation de l'histoire et de la philosophie contre la disposition de l'article 331, l'argument pris de l'*élaboration du texte* lui-même, d'après les travaux préparatoires. L'arrêt s'exprime ainsi : « Ces der-« nières expressions (*autres que ceux nés d'un commerce inces-« tueux ou adultérin*) ont été ajoutées à la rédaction primitive « de cet article pour le mettre en harmonie avec l'article 335, » et c'est de là que l'arrêt conclut qu'elles ne concernent que les enfants dont les parents ne seront jamais admis à se marier pour cause de parenté!

[1] Math., XIV, vers. 1 et suiv.

Digitized by Google

Le fait d'histoire de la rédaction constaté par l'arrêt est exact : l'article 331 n'était pas d'abord rédigé comme il l'est aujourd'hui; il se bornait à appliquer la légitimation aux enfants « nés *d'un père et d'une mère libres;* » mais la conclusion qu'on veut tirer du changement opéré a tout lieu de nous surprendre, et n'est, à nos yeux, qu'une affirmation gratuite; si l'on ne peut, en effet, clairement prouver que le *vote* de l'article, ainsi modifié, a eu lieu *dans un sens contraire* à celui que présentent naturellement ses termes nouveaux, les règles d'interprétation veulent qu'on ne s'écarte point de cette signification, et dès lors « *enfants nés d'un commerce incestueux* » ne pouvant signifier, en vue d'une légitimation *par mariage*, dont on veut les exclure, que les *enfants nés de personnes habiles, au moins plus tard, à se marier, mais empêchées lors de la conception*, le texte devra l'emporter. Or cette preuve n'est nullement faite, et toutes les probabilités sont contraires. Ce n'est, dit l'arrêt, que pour mettre l'article 331 en harmonie avec l'article 335 que le mot *incestueux* a été inséré dans celui-là, et nous pouvons ajouter sans témérité que l'arrêt, en énonçant ce motif de la rédaction nouvelle de l'article 331, le fait dans le même sens que les auteurs qui ont soutenu jusqu'ici la validité de la légitimation, c'est-à-dire en insinuant que ce changement n'a été qu'une affaire de symétrie de textes, opérée par M. Bigot-Préameneu, *proprio motu*, et sans la *volonté* du législateur lui-même.

Mais peut-on, après l'adoption d'une loi, rechercher, contre elle-même et pour en éluder les dispositions, quelle est la main qui y a écrit telle ou telle expression? Dès que le législateur a dit oui ou non, qu'importe qui lui a fourni l'occasion de se prononcer? il s'est approprié, par son vote, la disposition qu'on lui a soumise; il ne peut donc être question de M. Bigot-Préameneu, mais seulement de la loi proposée par le Conseil d'État et votée par le Corps législatif dans les termes que nous savons. S'il n'y a pas eu délibération spéciale sur la nouvelle rédaction, il n'y a pas eu protestation contre elle, et le vote est constitutionnellement présumé l'expression de la volonté implicite, mais certaine du législateur.

S'il y avait cependant eu méprise du conseiller d'État et distraction du pouvoir délibérant! Cette allégation serait un procédé facile pour se soustraire aux lois les plus formelles, et,

Digitized by Google

du moins, faudrait-il toujours des preuves évidentissimes de ces faiblesses d'esprit.....

Mais c'est une simple *concordance de textes* qu'on a voulu établir! Nous ne saurions le croire : une œuvre législative n'est pas un morceau littéraire sans portée pratique; ici tous les mots portent, et c'est entre les dispositions elles-mêmes que l'harmonie doit exister. Or cette harmonie exclut la légitimation; car du moment où l'article 335, en privant de la capacité d'être reconnus les enfants *incestueux*, ne fait aucune distinction entre eux, l'article 331, qui est *mis en harmonie* avec lui, doit nécessairement employer ce mot dans le même sens, puisque la reconnaissance est devenue la condition essentielle de la légitimation. On veut absolument établir une corrélation adéquate entre la décrétale *Tanta est vis* et l'article 331 qui ne comprendrait que les personnes désignées dans la première rédaction, sous la qualification de *personnes* LIBRES, c'est-à-dire non déjà mariées, parce que la décrétale ne cite comme exclus nominativement de la légitimation que les enfants adultérins; mais nous avons déjà présenté des doutes sérieux sur cette signification de la décrétale, et la différence qu'il y a d'ailleurs entre le point de vue canonique et le point de vue civil, entre l'ancien droit et le nouveau, qui a restreint les empêchements au mariage pour parenté ou alliance, ne permet pas d'expliquer la rédaction de l'article 331 par l'intention d'en faire la traduction de la règle canonique.

Les auteurs, qui ont soutenu cette opinion, ont d'ailleurs déjà fait remarquer qu'il n'y a pas eu distraction de la part des rédacteurs du Code; les travaux préparatoires constatent eux-mêmes que, si ce fut pour faire disparaître toute espèce de doute relativement à l'intention formelle de la loi de ne point autoriser la *reconnaissance*[1] des enfants incestueux, que le Tribunat, après la *communication officieuse* du projet[2], proposa de remplacer les mots « d'un père et d'une mère libres » de l'article 335, par ceux-ci : « de personnes auxquelles il était libre « de s'unir par mariage, » la correction conforme de l'article 331 fut la conséquence de la même pensée; ce n'est pas

[1] C'est à tort que MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. Ier, p. 333, appliquent *directement* cette observation à la légitimation.

[2] Fenet, *Trav. prépar.*, t. X, p. 125.

Digitized by Google

en passant et sans rien dire que M. Bigot-Préameneu l'a opérée : il s'exprime, en effet, dans l'*Exposé des motifs* de manière à faire bien comprendre qu'il s'agit d'enfants issus de personnes qui, d'abord incapables de se marier entre elles, deviennent capables plus tard. « Les fruits de l'adultère ou de *l'inceste* ne sauraient être ENSUITE *assimilés* à ceux d'un hymen légitime, » et c'est sur cela que le Corps législatif a voté.

IV.

Résumé : L'article 331, s'occupant d'une légitimation *par mariage* et excluant de son bénéfice les enfants incestueux, *n'a pu avoir en vue* que ceux dont les parents, inhabiles à se marier lors de la conception, deviennent ensuite habiles par dispense. Toute autre interprétation donne au texte une signification rationnellement inacceptable. — Pour anéantir ce texte, il faudrait *l'évidence* d'une erreur de rédaction : or elle ne résulte ni des antécédents historiques, ni des considérations théoriques dont le législateur a dû tenir compte, ni des travaux préparatoires. Si le législateur veut actuellement changer la loi, il le peut sans doute; mais le maintien du *statu quo* peut-être défendu par les plus graves considérations d'ordre public. Le respect que nous professons pour les arrêts de la Cour suprême n'a pu aller jusqu'à nous enlever l'indépendance de nos convictions les plus persévérantes, depuis que nous avons la difficile mission d'enseigner nos lois civiles.

P. S. Nous ne dirons qu'un mot sur l'arrêt *Bourgeois*, rendu le même jour, et d'après lequel la dispense peut servir à procurer la légitimation, *même aux enfants nés avant la loi du* 16 avril 1832 ! Un *à fortiori* évident nous amène à ne pas acquiescer à cette décision. Car si la possibilité du mariage par dispense, qui nous paraît insuffisante pour excuser d'inceste les relations entre les parents dont nous nous occupons, paraît à d'autres capable de laver ces relations de leur tache; — si, contre l'avis de quelques jurisconsultes dont l'opinion leur conserve un caractère coupable, même après les dispenses obtenues, tant que le mariage n'est pas célébré[1], parce que

[1] *Demolombe*, t. V, p. 334.

Digitized by Google

les dispenses sont accordées pour se marier et non pour vivre en concubinage, on peut cependant se montrer plus indulgent; — cela nous paraît impossible en fait, en droit et en raison, quand il s'agit d'enfants dont les parents *n'avaient aucune raison d'espérer pouvoir se marier* : ces enfants ont été, sont et doivent rester incestueux, malgré la loi *postérieure* qui a autorisé la concession des dispenses!...

GUSTAVE BRESSOLLES.

RÉPONSE A M. DUVERGER,

Par M. BATBIE,

A PROPOS DE LA *RÉVISION DU CODE NAPOLÉON.*

DEUXIÈME LETTRE [1].

De la prodigalité et du conseil judiciaire.

MONSIEUR ET CHER COLLÈGUE,

Avant de parler du prodigue et du conseil judiciaire, permettez-moi de faire une courte duplique à votre dernier article et de revenir sur la question du mariage. Mon silence ferait croire que je passe condamnation, et cependant, malgré la force de vos coups, je sens que mon opinion a été consolidée par notre lutte.

Lorsque l'un des époux refuse, au mépris de sa promesse formelle ou tacite, de procéder à la célébration religieuse, l'autre conjoint, selon vous, aurait le droit :

1° De refuser la cohabitation,

2° De demander la séparation de corps.

Je vous avais fait observer que ces moyens étaient des palliatifs insuffisants, incertains et peu conformes à l'esprit de la loi. Vous convenez qu'il n'y a là que des palliatifs, ce qui me paraît impliquer l'insuffisance du remède. C'est assez m'accorder pour que je n'insiste pas sur le point de savoir s'ils

[1] V. le présent tome, p. 50.

Digitized by Google

sont contraires ou non soit à la lettre soit à la pensée de notre Code. « Ils empêchent, dites-vous, l'*oppression* et c'est l'essentiel. » Oui, comme une médecine pire que le mal empêche la maladie.

Ne craignez pas d'avoir blessé mon amour-propre en préférant à ma proposition, sans l'admettre cependant encore, le système du Code italien. J'ai la même préférence que vous. Il est plus simple, en effet, d'abroger les articles 199 et 200 du Code pénal que d'augmenter les formalités *ad solemnitatem*. Vous me trouverez toujours prêt à dire : *Simplicitatem legibus amicam amplectamur* et, pour faire triompher cette vérité, prêt même à sacrifier mes propres conceptions.

Le dilemme, si je ne me trompe, est la forme de raisonnement que vous aimez le plus à employer; eh! bien j'en ai un à vous proposer qui exprime parfaitement ma pensée. De deux choses l'une :

Ou le mariage religieux n'est rien aux yeux du législateur, et alors pourquoi les articles 199 et 200 du Code pénal, qui érigent en délit un acte de religion?

Ou le mariage religieux est un fait important, et alors pourquoi le Code civil n'en tient-il aucun compte?

Il faudrait choisir entre ces deux partis. Que le mariage religieux soit non existant pour la loi civile et constitue un fait délictueux pour la loi pénale, il y a là une contradiction manifeste.

Pourquoi, d'un autre côté, repoussez-vous l'adoption immédiate du système italien? Vous craignez, dites-vous, que dans les campagnes les gens simples ne se croient suffisamment mariés lorsqu'ils auront été unis à l'église. Vous citez même l'exemple d'un curé de Perpignan ou des environs qui aurait célébré plusieurs mariages sans exiger la preuve de la célébration par l'officier de l'état civil. L'exemple dont vous vous armez est peu effrayant. Le paysan le plus ignorant sait que son union ne produira aucun effet civil, s'il ne se marie pas devant le maire. S'il ne le savait pas, tous ses voisins seraient en état de le lui dire. Les villageois ressemblent, sous ce rapport, aux habitants des villes. Ils consultent les avocats sur ce qu'ils ignorent, et ce sont même des consultants obstinés. Vous pensez qu'avant de se prononcer, il faudrait ouvrir une enquête et entendre les officiers de l'état civil. L'avis de

Digitized by Google

37,000 maires ne suffirait pas pour me faire admettre qu'un acte de religion peut être puni comme un délit, lorsque la loi a la prétention de séparer le spirituel et le civil.

Ai-je proposé de faire du mariage un *contrat conditionnel?* Je ne m'étais peut-être pas expliqué assez clairement dans mon premier travail, et je reconnais, sans difficulté, que la confusion où mes contradicteurs sont tombés m'est imputable au moins pour partie. Ce qui importe c'est que mes explications vous aient conduit à reconnaître que, dans ma proposition, le mariage serait célébré, non sous une *condition suspensive*, mais avec une *solennité* de plus. Au reste, quand même le mariage serait conditionnel, il n'y aurait pas lieu de reculer devant un mot; puisque nous n'avons pas admis la catégorie des *actus legitimi*, il n'y a aucun intérêt de quelque importance (au moins en législation) à savoir si ma proposition crée une condition ou une formalité *ad solemnitatem*. Le contrat d'adoption que vous citez est conditionnel [1]. Pourquoi le mariage ne pourrait-il pas, aussi bien que l'adoption, être un *contrat conditionnel?* Ne soyons pas esclaves des termes et n'oublions pas cette maxime que nous répétons souvent : *Sermo rei debet esse subjectus.*

L'exemple tiré de l'adoption me rappelle que vous qualifiez, non sans ironie, le mariage, tel que je propose de l'établir, de *contrat en trois actes*. Mais, puisque vous invoquez contre moi l'analogie de l'adoption, je vous ferai observer réciproquement que l'adoption est un *contrat en quatre actes* qui se passent en des lieux différents. Remarquez encore que la donation, contrat solennel, est une pièce en deux tableaux lorsqu'elle n'est pas acceptée par l'acte même. L'hypothèque,

[1] M. Demolombe a raison d'appeler *conditionnel* le contrat d'adoption, 1° parce qu'après l'inscription sur les registres de l'état civil les effets rétroagissent au jour de la convention faite devant le juge de paix; 2° parce que l'inscription sur les registres n'exige pas le concours des deux parties. Elle peut être requise par chacune d'elles, alors même que l'autre résisterait. Ces deux caractères manquent à ma proposition. Le mariage ne produirait d'effet qu'après la mention de la célébration religieuse et la mention ne serait faite qu'avec le concours des deux volontés. C'est surtout la nécessité de ce consentement qui est exclusif de la condition, et, tout en reconnaissant que j'aurais pu m'expliquer plus clairement, je m'étonne que mes contradicteurs n'aient pas, à ce trait caractéristique, reconnu qu'il s'agissait d'une *solennité* et non d'une *condition*.

Digitized by Google

troisième contrat solennel, est constituée chez le notaire et inscrite chez le conservateur. Autre pièce en deux actes et *sans unité de lieu!*

Je n'ai pas entendu traiter la question difficile du divorce. Il me suffit, pour le moment, de prouver que la loi du 31 mai 1854 aggrave la loi du 8 mai 1816, et que cette aggravation n'était pas réclamée par l'état de nos mœurs. Je conviens que les législateurs de 1816 avaient commis une inadvertance [1] en laissant subsister la dissolution *ipso jure*, en cas de mort civile; mais est-ce une raison pour qu'en 1854 on ait ajouté une restriction nouvelle à la loi du 8 mai 1816? Il n'y a pas, dites-vous, deux morales : une pour les condamnés à des peines perpétuelles et l'autre pour des condamnés à des peines temporaires. — Je crains, mon cher collègue, que vous ne commettiez une confusion. Quand on ne part pas de la maxime catholique *Quod Deus conjunxit homo non separet*, l'indissolubilité du mariage n'est pas un principe absolu. C'est une loi de police, faite pour empêcher que le mariage ne soit rompu trop facilement et trop fréquemment. Supposez un étranger non catholique qui, pour divorcer, profite de la faculté écrite dans ses lois. Direz-vous qu'il commet un acte immoral? Il faudrait aller jusque-là si l'acte était d'une immoralité absolue. Mais pour les non-catholiques, l'indissolubilité du lien conjugal n'a que la valeur d'une loi de police faite pour prévenir le relâchement des mœurs. Or ce danger n'existait pas pour les cas de condamnations perpétuelles, qui certainement sont rares. Pensez-vous, mon cher collègue, que la situation morale de notre pays soit changée depuis 1854? Je ne le crois pas, et c'est pour cela que, d'après moi, la loi nouvelle a, sans nécessité, aggravé la loi du 8 mai 1816.

Il me semble, mon cher collègue, que le dogme catholique de l'indissolubilité est le principe latent qui inspire toute votre argumentation contre moi. Vous croyez pouvoir le mettre de côté pour vous en tenir à des arguments purement philosophiques. Illusion! Sans le dogme, les motifs rationnels que vous invoquez n'établissent pas votre conclusion. Vous vous

[1] Pour les législateurs de 1816, la loi abolitive du divorce n'était que l'application du dogme catholique. Mais vous croyez n'avoir pas besoin de ce dogme pour établir l'indissolubilité du mariage.

Digitized by Google

appuyez sur l'intérêt des enfants. Que déciderez-vous s'il n'y en a pas? Au moins serez-vous obligé par votre raisonnement de faire une distinction entre les époux qui ont des enfants et ceux qui n'en ont pas. Alors que devient le principe de l'indissolubilité? Le conjoint, ajoutez-vous, a le devoir de pardonner son conjoint condamné, s'il mérite sa grâce. En d'autres termes, il faut que l'époux innocent se sacrifie au coupable. Si le sacrifice était volontaire, ce serait admirable. Mais il faut, selon vous, que l'héroïsme soit imposé par la loi [1]. Quand on abandonne, comme vous le faites, la maxime *Quod Deus conjunxit homo non separet*, la loi qui prohibe le divorce prend un caractère relatif. L'interdiction doit être plus ou moins sévère, suivant l'état des mœurs; il est donc impossible, en cette matière, d'établir une règle invariable, si l'on s'éloigne du dogme pour s'en tenir aux motifs rationnels. En d'autres termes, mon cher collègue, je n'admets pas qu'il y ait deux morales; mais je crois que, dans le choix des mesures de police, il y a une infinité de degrés.

Que les partisans du divorce soient contents ou non de la concession que je leur ai faite (vous affirmez qu'ils ne le seront pas), je n'ai aucun souci de leur plaire, et leur satisfaction m'importe aussi peu que leur improbation. Je ne m'inquiète pas non plus des conséquences qu'on pourrait, selon vous, tirer de ma proposition. Le législateur, dites-vous, placé sur la pente du divorce par la dissolution facultative en cas de condamnations perpétuelles, glissera rapidement et, entraîné par la logique, abrogera la loi de 1816. Cette conséquence n'est nullement renfermée dans ma proposition. De la dissolution en cas de condamnation à une peine perpétuelle on ne pourrait qu'indûment conclure au divorce pour des causes moins graves. Je ne crains pas que les législateurs se laissent entraîner facilement, et au reste il n'y aurait aucune justice à rendre ma proposition responsable de conséquences qu'elle ne contient pas. — Portons maintenant la discussion sur un autre terrain, et parlons de *la prodigalité*.

Pour l'ordre de la discussion, je commencerai par résumer

[1] Quoiqu'on puisse donner d'autres motifs *purement rationnels* de l'indissolubilité du mariage, je crois que vous avez donné les deux principaux. Les autres n'ont qu'une valeur secondaire.

Digitized by Google

votre argumentation contre moi. Les mesures prises dans l'intérêt des prodigues ne soulèvent pas, dites-vous, une question de principe. La preuve en est que le droit individuel est soumis à des restrictions nombreuses. Ainsi on peut arrêter l'individu qui, même sciemment et volontairement, se jette à l'eau pour se détruire. Vous auriez pu citer dans le même sens la loi qui règle les heures de travail des enfants dans les manufactures. Une autre loi interdit les conventions par lesquelles une personne louerait indéfiniment ses services, etc., etc., etc. Ces exceptions prouvent, dites-vous, que le droit individuel n'est pas absolu et que la société a le droit et le devoir d'intervenir pour protéger l'individu majeur contre lui-même. C'est un *devoir de charité* que la société remplit en pareil cas.

Le principe du droit individuel n'est donc pas un obstacle aux mesures par lesquelles le prodigue est protégé. C'est, ajoutez-vous, une question d'appréciation, et il s'agit uniquement de savoir si la prodigalité est, pour des raisons spéciales, un de ces cas où il y ait lieu de faire fléchir la règle générale. Or, on est prodigue par *faiblesse d'esprit*, par *passion* ou par *système*. Dans ces trois cas, le prodigue est victime d'une cause d'égarement, et il faut que la société le protége, si elle veut remplir à l'égard de ce malheureux son *devoir de charité*. Cette protection est surtout nécessaire lorsque le prodigue est marié ou veuf ayant des enfants. Alors, en effet, l'intérêt que mérite sa famille donne à l'aveuglement du prodigue une gravité particulière; en admettant qu'il ait le droit de se dépouiller, sa femme et ses enfants ont aussi « *le droit de ne pas mourir de faim.* » Tel est, si je ne me trompe, l'ordre de votre argumentation. Je crois l'avoir reproduite, non dans toute sa force assurément, mais avec autant d'exactitude que le comporte un abrégé.

Rappelons d'abord quelques propositions sur lesquelles il y a, je crois, accord entre nous. Une dérogation ne peut pas servir à en justifier une autre et l'analogie, en cette matière, serait périlleuse parce que, de proche en proche, elle étoufferait la règle générale. La règle générale a une force propre qui la soutient d'une façon permanente et, pour prévaloir contre elle, il faut que chaque dérogation s'appuie sur des raisons particulières très-puissantes. Que vou-

Digitized by Google

lons-nous dire autre chose quand nous répétons : *Exceptio firmat regulam?* Ou encore : *prohibitio est strictissimæ interpretationis?* Ce sont là des axiomes dont l'application est bonne non-seulement dans les commentaires des lois faites mais encore dans la discussion de lois à faire. Une prohibition, loin de servir à la justification d'une autre, nous rend suspectes toutes dérogations nouvelles.

A plusieurs reprises, vous admettez comme moi, en principe, le droit pour l'individu majeur de gouverner sa personne et ses biens librement et avec la moindre somme de contrainte.

Quelques mots maintenant sur les restrictions dont vous parlez. J'accorde que, sans porter atteinte au principe de l'indépendance individuelle, on peut arrêter un homme qui va tomber à l'eau. Si le péril est ignoré, la force qui s'oppose à la chute est conforme à la volonté de celui qui est sur le point de périr. En cas de suicide, la société a le droit de prévenir une mauvaise action, un véritable crime que la loi pénale a seulement jugé inutile de frapper. J'accorde aussi que la loi a pu limiter le nombre d'heures que les enfants pourront travailler dans les manufactures, parce qu'il est juste et humain de protéger *les mineurs* contre la rapacité des parents[1]. L'ordre public veut aussi que dans un pays où l'esclavage a été détruit depuis longtemps, la loi prohibe toute convention qui le rétablirait, notamment le contrat par lequel un ouvrier louerait ses services pour toute sa vie ou pour un temps équivalent à un louage de service perpétuel. Dans ces cas, la loi et la société empêchent et répriment des actions absolument mauvaises; il n'y a pas à craindre que l'obstacle arrête le bien à côté du mal, et l'indépendance individuelle n'est pas supprimée par ces restrictions, pas plus que son principe n'est atteint par les dispositions pénales dont nous frappons les actions criminelles. Autre serait le caractère des prohibitions faites pour empêcher certaines actions parce qu'elles pourraient devenir mauvaises, alors que cependant elles peuvent aussi être utiles. Ainsi nous trouverions tyrannique le pouvoir qui nous

[1] Vous citez la loi du 9 septembre 1848 qui a fixé la durée de la journée de travail pour l'ouvrier majeur. Cette loi est encore trop contestée pour en tirer un argument ayant quelque solidité.

Digitized by Google

interdirait d'émigrer par le motif que les émigrants calculent mal et qu'ils sont exposés à trouver, à l'étranger, la misère au lieu de la fortune. Alors même que le gouvernement aurait raison, notre liberté se révolterait contre cette substitution de la police à la responsabilité de l'individu; et, pour employer votre expression, le *devoir de charité* dégénérerait en une intolérable oppression. Que diriez-vous d'un gouvernement qui pousserait le *devoir de charité* jusqu'à interdire à ses administrés de quitter le lieu où ils sont nés par ce motif qu'en général, *en moyenne*, on est toujours mieux chez soi que partout ailleurs? Quoique cette mesure eût de bons effets, en beaucoup de cas, il y aurait oppression pour tous et surtout pour ceux qui auraient été empêchés de prendre leur légitime essor[1]. En un mot, je ne conteste pas à l'État et au législateur le droit d'empêcher ou de réprimer les actions *absolument mauvaises;* ce que je combats, c'est l'immixtion des pouvoirs publics dans les actes qui sont tantôt bons, tantôt mauvais, suivant les cas; ces faits-là doivent être abandonnés à la responsabilité des individus.

La véritable QUESTION DE PRINCIPE entre nous c'est que je limite l'intervention des pouvoirs publics aux actes mauvais et que vous l'étendez aux actes qui peuvent être bons ou nuisibles, suivant la conduite de l'agent.

Ainsi la règle combat en faveur de ma proposition. Examinons cependant les raisons spéciales que vous faites valoir pour justifier l'article 513 dont je demande l'abrogation.

Vous vous appuyez sur la tradition. Cette tradition est longue, puisqu'elle remonte au droit romain, et que jusqu'à nos jours la loi n'a pas cessé de protéger les prodigues par des mesures préventives. A votre tour, vous dites qu'il faudrait avoir deux fois raison pour détruire une disposition ancienne; autrement ce serait mettre en doute l'intelligence des législateurs qui se sont succédé pendant plus de deux mille ans. A l'autorité des anciens vous ajoutez l'exemple des modernes; presque toutes les législations contemporaines contiennent, en effet, des dispositions destinées à protéger le

[1] J'ai entendu un médecin exclusivement préoccupé d'hygiène soutenir que le gouvernement devrait empêcher les habitants des montagnes de venir à Paris, parce que la majorité de ces émigrants est emportée par la phthisie.

Digitized by Google

prodigue. Je ne contesterai pas la valeur de cet argument; car, j'ai du respect pour la tradition, quoique je passe pour avoir l'esprit porté à l'innovation et à la critique. A la vérité, mon respect n'est pas aveugle, et il ne m'est jamais arrivé d'immoler ce que je trouve rationnel à ce qui est ancien. Je conviens seulement que l'ancienneté d'une disposition crée un préjugé en sa faveur, et que, s'il est question de la changer, il faut y regarder d'autant plus soigneusement qu'elle a pour elle la consécration du temps. Je distingue cependant les institutions qui progressent, ou qui au moins sont immuables, de celles qui vont en s'affaiblissant. Quand une disposition restrictive perd de sa vigueur, il est naturel de penser qu'elle disparaîtra, et que le progrès des mœurs, après l'avoir diminuée, finira par la détruire.

Or vous avez fait vous-même l'historique de la prodigalité. Ceux qui l'ignoraient ont appris, en lisant votre article, qu'en droit romain on *interdisait* le prodigue et qu'on lui nommait un curateur chargé d'administrer ses biens. Avant 1789, la loi romaine était imitée dans presque toutes les parties de la France; mais les rédacteurs du Code ne vont pas si loin. Aujourd'hui le prodigue conserve l'administration de sa fortune; la loi se borne à exiger l'assistance d'un conseil judiciaire pour quelques actes qui sont énumérés par l'article 513. Le prodigue pourvu d'un conseil judiciaire peut toucher ses revenus et les dépenser à son gré; il a aussi le droit de tester, et celui de se marier comme il l'entend. Notre loi est donc fort douce, comparée au droit romain et à l'ancien droit. Cet adoucissement me conduit à penser que, si le prodigue est aujourd'hui traité moins sévèrement qu'il ne l'était autrefois, nous arriverons à un moment où il jouira d'une capacité entière. Quant à l'argument que vous tirez des lois étrangères contemporaines, vous avez beaucoup affaibli votre raisonnement en nous apprenant (c'est une preuve de votre impartialité) ce qui se passe en Angleterre. Là, point de conseil judiciaire, et c'est tout au plus si les *cours d'équité* recherchent la sincérité de quelques aliénations de biens. Cette manière d'agir est irréprochable : proclamer la liberté de contracter, assurer l'exécution des contrats et annuler ou réduire ceux qui sont entachés de dol, de fraude, d'erreur, de tromperie, d'abus d'influence, telle est la véri-

Digitized by Google

table règle. Ce que je combats c'est le système qui consiste à confondre le bien avec le mal, et à permettre aux tribunaux d'empêcher aveuglément les actes les mieux calculés aussi bien que les entraînements les plus funestes.

Or vous allez voir qu'avec le système du conseil judiciaire la loi donne aux tribunaux un pouvoir dangereux. Si les juges en ont usé avec discernement, cette modération fait l'éloge des personnes plutôt que celui de la loi. Car il m'est impossible de trouver bonne une disposition qui pourrait facilement devenir mauvaise, si elle cessait d'être appliquée avec modération.

Avant d'aller plus loin, je tiens à résumer ce qui précède : 1° Quoique j'admette plusieurs restrictions, sur lesquelles nous sommes d'accord, j'invoque contre vous le principe de la libre disposition de la propriété par le propriétaire; car dans les cas dont il s'agit, la loi prévient ou réprime des actes *absolument répréhensibles;* le conseil judiciaire empêcherait à la fois du bien et du mal. 2° L'argument historique manque de force parce que l'institution que vous soutenez a suivi une marche décroissante. 3° Parmi les lois contemporaines, la loi anglaise me donne raison. Or l'Angleterre n'est-il pas le pays où on entend le mieux la pratique de la liberté civile, pour ne point parler de la liberté politique?

On est prodigue, dites-vous, par *faiblesse,* par *passion,* ou par *système*. Cette division me paraît bien faite et, pour vous répliquer, je la suivrai de point en point. Donner un conseil judiciaire au *faible d'esprit* est aussi légitime que d'interdire celui qui est dans un état habituel de démence, d'imbécillité ou de fureur. Nulle part je n'ai combattu les mesures prises pour protéger ceux dont l'esprit est dérangé. Vous partez de là pour demander qu'on traite de la même façon le jeune écervelé qui fait des dépenses extravagantes, aussitôt après avoir atteint la majorité. Sans doute, ajoutez-vous, la loi présume que le majeur est capable; mais si les faits démontrent que cette présomption porte à faux, il faut que la loi protége celui dont la capacité est en retard.

Ah! mon cher collègue, quelle cruelle protection vous accordez à ce jeune homme! Mais la nomination d'un conseil judiciaire le perd à jamais, lui ferme toute carrière, lui rend impossible tout établissement convenable. Partout où il se

Digitized by Google

présentera, le jugement qui l'a pourvu d'un conseil judiciaire fera un empêchement à ses projets. Comme il est prouvé par un jugement (l'autorité de la chose jugée est si grande!) que ce jeune homme s'est dérangé gravement, on se servira contre lui de cette *marque judiciaire*. Sans la nomination du conseil judiciaire, il aurait peut-être perdu un peu plus d'argent; mais il aurait du moins conservé le moyen de se relever en s'amendant, tandis que le jugement rendu contre lui est une cause de découragement. Cette décision pèse sur lui d'un poids si lourd qu'il ne croit pas à la possibilité d'une réhabilitation, et il continue sa funeste erreur comme si on lui avait, par ce cruel procès, fermé la voie de la réparation. Vous citez l'exemple de ce jeune homme de grand nom qui « arrivé à sa « majorité avec une fortune de 4 millions, avec un revenu de « 150,000 fr. dévore en dix-huit mois, plus d'un million, per- « dant au jeu 500,000 fr. » Eh bien! cet exemple tourne contre vous. Ce jeune homme a demandé inutilement la main-levée de la demi-interdiction prononcée contre lui et, par ce refus, il a été empêché de reprendre sa carrière, dont l'influence l'aurait peut-être ramené à des habitudes plus régulières. Du moins un procès récent nous a révélé que ce jeune homme a conçu contre la famille qui l'avait si durement protégé, une véritable haine dont le testament porte l'expression. Ce jeune homme, en mourant, ne s'est pas borné à exhéréder ses parents; il a voulu que le testament portât la mention formelle du ressentiment que lui avait inspiré une famille trop ardente, selon lui, à défendre une fortune considérable. Personne ne peut affirmer que ce jeune homme, qui est mort à trente-deux ans d'une phthisie aggravée par les excès, ne serait pas encore en vie si on ne lui avait pas, en le frappant d'une tache ineffaçable, fermé le retour à la carrière de son choix. Soyez sûr que parmi les vingt-quatre jeunes gens qui, dans une de nos villes de commerce, ont été pourvus d'un conseil judiciaire, du 31 juillet 1862 au mois d'août 1864, il y en a plus d'un qui a conçu de la rancune contre les parents dont l'initiative a fait prendre cette mesure. Quelques-uns même persévèrent dans leur folle conduite pour se venger de leur famille. Entre le fils qui a vécu dans le désordre et le père que cette inconduite a tourmenté, la réconciliation se fait au premier repentir; mais il y a un abîme entre les deux, si le père a

Digitized by Google

poussé la rigueur jusqu'à la poursuite en nomination d'un conseil judiciaire. Cette poursuite est d'autant plus humiliante pour le fils que, dans le langage des gens du monde, on appelle *interdit* celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire. C'est une erreur j'en conviens; mais le fils s'inquiète plus de la société qui l'appelle interdit que des juristes qui le qualifient autrement. Cette confusion que commettent les gens du monde s'explique par l'assimilation que le Code fait du prodigue (art. 513 C. Nap.) avec le faible d'esprit (art. 499 C. Nap.).

A tout prendre, j'aimerais mieux que la majorité fût, en principe, reculée jusqu'à vingt-cinq ans, et que, par une pratique fréquente de l'émancipation, on conférât une pleine capacité à ceux qui en seraient jugés dignes. La majorité entre vingt et un et vingt-cinq ans serait une récompense; cela vaudrait mieux que d'infliger une marque aux jeunes gens qui ne sont pas assez mûrs pour faire leurs affaires. La proposition qui fut faite à l'Assemblée nationale en 1851, aurait moins d'inconvénients que la loi actuelle; mais je suis contre l'une et l'autre, et je conclus *pro libertate.*

La passion s'empare aussi quelquefois de l'homme mûr, du père de famille qui oublie ses enfants et sacrifie tout à la satisfaction de ses mauvais désirs. Vous appuyez sur cette position digne de tant d'intérêt, et me demandez si de la même plume qui écrit pour défendre la réserve contre la liberté entière de tester, je continuerai à demander la suppression du conseil judiciaire, c'est-à-dire de la seule institution qui protége la femme et les enfants contre les dépenses insensées du père. Vos raisons me toucheraient s'il n'y avait pas une contre-partie aux hypothèses que vous imaginez. Cet homme passionné peut être un homme fort intelligent, très-entendu en affaires, et aussi capable de faire une fortune que de la défaire. L'alliance du bien avec le mal dans le même homme n'est pas chose rare; souvent, au contraire, il arrive que l'exubérance des passions tient à une force de nature dont l'intelligence tire sa part. Si le prodigue veut, par une entreprise, relever sa fortune, le conseil judiciaire l'arrêtera, soyez-en sûr; car, presque toujours, les tribunaux choisiront un homme très-réservé, prudent, timide, qui prendra en pitié les projets de la pauvre tête confiée à son assistance. Le prodigue aurait peut-être fait une grosse fortune si son conseil

Digitized by Google

ne lui avait pas barré le chemin; sa famille, qui aurait grandi par sa hardiesse, végétera sur les débris de sa fortune, et ceux que la justice a cru sauver de la ruine, ont, en réalité, été empêchés d'arriver à l'opulence.

Ainsi, tout n'est pas profit dans cet empressement à charger d'entraves le prodigue qu'on ne trouve pas sage, parce qu'il agit autrement que la majorité des hommes. Vous savez bien, cependant, que, jugés au point de vue du succès, les actes qui passent pour sages ne sont pas toujours les meilleurs. César fut un prodigue, mais il arriva au pouvoir souverain; et les historiens disent qu'il se servit, pour sa fortune politique, des nombreux créanciers qu'il avait intéressés à son triomphe. Auriez-vous trouvé bon qu'un préteur, d'un esprit borné, lui eût dit, suivant la formule : « *Quando bona paterna avita que nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, commercio te interdico ?* » Si pareille mesure avait été prise, la postérité rirait encore du magistrat qui aurait cru faire acte de sagesse pour la famille de cet audacieux prodigue. Un préteur, cependant, aurait eu le droit d'agir ainsi, s'il lui avait pris fantaisie de comprendre à sa manière les intérêts de César. Me direz-vous que je prends un exemple extrême, et qu'il n'est pas à craindre que les magistrats fassent un pareil usage de leur autorité? Vous m'avez bien opposé l'exemple de Catilina, qui commença par être prodigue et devint factieux. Il me semble que, réciproquement, j'ai le droit de citer l'exemple de César, qui fut prodigue aussi et devint le maître de Rome.

Mais laissons de côté ces exemples d'un ordre trop élevé et rentrons dans les faits de la vie ordinaire. Voici une histoire qui est à ma connaissance. Un père de famille s'est laissé aller à quelques désordres dans sa petite ville, et la famille a de tout ce qu'il fait une défiance telle qu'en aucune circonstance sa voix n'est écoutée. Cette situation lui paraît intolérable et, comme il se sent du talent (son talent est généralement reconnu), il prend la résolution de rendre son bien et de s'établir à Paris, où il espère conquérir une position. Ce n'était qu'une espérance, il est vrai, mais il a de l'intelligence assez pour que son projet ne pût pas être traité de chimérique. Sa femme et ses parents lui font donner un conseil judiciaire, qui l'empêche de vendre et le force à rester en province. En

Digitized by Google

lui nommant un Conseil judiciaire, le tribunal ne s'est pas écarté de la loi; mais le prodigue a été opprimé par une décision qui l'a empêché de prendre son essor. Après tout, cet homme ne voulait faire qu'un acte bien simple et qui a réussi dans d'autres cas. Il se proposait de tenter ce qu'ont fait tant d'avocats célèbres, qui avant d'arriver à la renommée et à la fortune, ont commencé par dépenser tout leur patrimoine pour attendre le succès. C'est lorsque la puissance publique opprime de la sorte un homme intelligent que, selon vous, elle remplit un *devoir de charité*. Ah! Dieu nous garde de cette charité et que plutôt, il nous fasse la grâce de l'indifférence et de l'abstention.

Les *tribunaux apprécieront*, disent plusieurs écrivains, et je ne crois pas me tromper en disant que cette pensée est la vôtre. C'est précisément dans cette appréciation que consiste le péril. En donnant aux juges le pouvoir d'entrer dans la vie des particuliers, on ouvre la porte aux immixtions les plus diverses, aux usurpations les plus intolérables. Cependant les juges sont des hommes pleins de modération et de réserve; j'en conviens; mais s'ils entendent la sagesse autrement que moi, si je suis hardi et qu'ils soient timides, ils se fonderont sur le plus petit désordre relevé à ma charge pour me forcer à être sage à leur manière. *Optima lex quæ minimum judici.* Les qualités des juges ne peuvent être affirmées que *in concreto*, c'est-à-dire à la condition de connaître les personnes. Remarquez, je vous prie, qu'il suffit que j'en trouve un seul qui m'opprime pour que la bonté de tous les autres soit, à mes yeux, chose indifférente. Nous pouvons, au contraire, dire d'une loi si elle est bonne ou mauvaise; mais ni vous ni moi ne pouvons dire que les juges sont sages parce que nous ne les connaissons pas tous. Aussi ne me paraît-il pas admissible que pour soutenir une loi, dont les inconvénients sont incontestables, on s'appuie sur la sagesse des juges présents ou futurs, connus ou inconnus, jeunes ou vieux [1].

[1] Vous me rappelez que, dans mon *Mémoire sur la révision*, je propose de remplacer la contrainte par corps obligatoire par la contrainte facultative, dans le cas où le débiteur aurait des ressources secrètes ou des rentes insaisissables. Il n'y a aucune analogie entre les deux cas, et surtout il m'est impossible de voir en quoi je me contredis. Pour la contrainte par corps, je ne donne aux tribunaux aucun pouvoir d'appré-

Digitized by Google

Je ne vous ferai même pas la concession que vous demandez pour le prodigue qui a des héritiers à réserve. Le père a le droit de se ruiner, et il a cent mille manières de le faire. Les enfants n'ont de réserve que sur la succession, à l'égard seulement des donataires et légataires.

On ne peut attribuer à la réserve que deux origines : 1° la copropriété de la famille avec le père qui, dans ce système, serait réduit au rôle d'administrateur légal de biens communs à tous les parents; 2° la dette alimentaire entre ascendants et descendants, dette dont la réserve ne serait qu'un mode de payement, une *datio in solutum*.

La *copropriété* de la famille est tout à fait contraire au fondement philosophique de la propriété. Si la propriété est le fruit du travail, il est impossible d'y voir autre chose qu'un droit individuel. Que la *copropriété* ait été admise dans les temps où la plupart des fortunes se transmettaient, pendant des siècles, aux générations successives de la même famille, je le comprends. Le patrimoine n'était, dans la plupart des cas, qu'un dépôt aux mains du chef. Mais aujourd'hui que les fortunes se forment et se défont rapidement, que le père est, dans la majorité des cas, l'auteur de sa fortune, il est impossible d'admettre la notion de copropriété; évidemment la propriété n'est plus qu'un droit individuel, avec la faculté de disposer tempéré par les devoirs du père. La preuve en est que, d'après notre loi, ceux-là seulement ont droit à la réserve qui peuvent réclamer des aliments. Ainsi les frères et sœurs, malgré la proximité du degré de leur parenté, n'ont droit ni à la réserve ni à la dette alimentaire. Donc il y a, d'après la loi, corrélation entre ces deux idées. Si la réserve n'était que la conséquence d'un droit

ciation. Ils accorderaient la contrainte par corps s'il *leur était démontré* que le débiteur a des ressources secrètes. Cette question ne peut pas être jugée de plusieurs manières, et tout dépendra de l'évidence de la preuve qui sera fournie. Il n'y a qu'une manière d'entendre la question de savoir si le débiteur qui refuse de payer a des ressources secrètes ou des rentes insaisissables; mais la sagesse peut être comprise de mille façons. Dans le cas de contrainte par corps, le juge ne s'immisce dans les affaires des particuliers que pour y rechercher la preuve d'un acte déloyal (le refus de payer ses dettes quand le débiteur en a le moyen). En nommant un conseil judiciaire, le juge s'immisce dans la direction des affaires du majeur, ce qui est bien différent.

Digitized by Google

de copropriété, nous aurions des *héritiers siens* comme dans la loi romaine?

La dette alimentaire peut être acquittée aux héritiers de plusieurs manières : la loi aurait pu accorder une créance, une rente, un usufruit; elle a choisi le mode de payement qui convenait le mieux; car, la réserve participe à la perpétuité de la famille, et comme elle consiste en une part de biens en nature, elle suit tous les mouvements de la richesse.

Je conclus, de ce qui précède, que la réserve, comme la dette alimentaire, n'est due que suivant la fortune du débiteur. S'il n'y a rien dans le patrimoine, la dette est éteinte, et par suite la réserve. La loi donne aux ascendants ou descendants qui sont dans le besoin, le droit de demander des aliments à ceux qui ont des ressources; mais aucune obligation légale ne force les parents à garder des biens ni pour payer la dette alimentaire, ni pour transmettre une réserve. C'est pour cela que je n'admets pas la distinction entre les prodigues ayant des ascendants ou descendants et ceux qui n'en ont pas.

La troisième catégorie de prodigues est composée des hommes qui, dissipateurs *par système*, raisonnent leur égarement et conduisent logiquement leurs passions. Ils n'acceptent la vie qu'à *certaines conditions* et entendent vivre à leur guise. Les raisonnements qui précèdent s'appliquent au prodigue par système et je passe, toute nouvelle argumentation étant inutile. Si le conseil judiciaire était supprimé pour le prodigue qui cède à un entraînement aveugle, *à fortiori* le supprimerait-on pour celui qui raisonne ses actes.

Abordons la dernière espèce de prodigues, ceux qu'on appelle les *hommes à projets*. Même en ce qui les concerne, vous admettez l'intervention des tribunaux pour leur nommer un conseil judiciaire. Vous voulez que les juges défendent (toujours pour remplir le *devoir de charité*) l'homme à projets contre les entraînements de son génie, comme s'il s'agissait de retenir un prodigue vicieux ou passionné. Votre aveu est complet, car vous dites formellement que vous auriez nommé un conseil judiciaire à Balthazar Claës. Soit pour Claës, qui n'est qu'un personnage de roman. Mais pour peu que la famille criât, vous en donneriez aussi peut-être à ceux qui se ruinent pour une idée; à tous les héros de la civilisation, qui sacrifient leur fortune au

Digitized by Google

bien public; aux inventeurs que pousse l'espoir d'une découverte, aux hommes de la race de Christophe Colomb[1]. Il faudrait en donner aussi à l'homme charitable, qui se ruinerait au profit des pauvres; car, après tout, si vos raisons sont bonnes, les enfants ont à se plaindre d'un père trop charitable autant que d'un faiseur de projets. Sans doute vous appelleriez la société à remplir son devoir de charité envers ce prodigue angélique, pour l'empêcher d'être trop charitable; car, après tout, vous pourriez dire que probablement cet homme de grand cœur regrettera d'avoir trop donné lorsqu'il sentira plus tard l'aiguillon de la misère. Si nous voulions empêcher tout ce qui sera regretté, ce que vous appelez le *devoir de charité de l'État* nous conduirait fort loin. Encore, si ce devoir était toujours bien rempli, le mal serait tolérable. Ce qui est dangereux (et pour cette raison je combats l'article 513 du Code Napoléon), c'est que le bien et le mal étant très-rapprochés, les tribunaux, quelque sages qu'ils soient, peuvent, avec les meilleures intentions, empêcher beaucoup de bien, sous prétexte d'empêcher un peu de mal.

Le prodigue, dites-vous, est un homme dangereux, intéressé au désordre, et vous citez, avec Portalis, l'exemple de Catilina. Oubliez-vous Pitt, qui est mort laissant des dettes contractées pendant qu'il se consacrait à la grandeur de son pays? Ce grand ministre n'était sans doute aussi qu'un faiseur de projets; car, après tout, il s'était obstiné à poursuivre le projet d'une patrie glorieuse. Ces dettes cependant ne le rendirent pas factieux.

Vous vous alarmez de ce que le prodigue ruiné s'efforcera d'obtenir, et obtiendra peut-être, quelque emploi dont il s'acquittera mal. Qui sait? Je suis tout aussi fondé à dire que peut-être le besoin forcera au travail un homme qui n'aurait rien fait s'il avait conservé le moyen de vivre sans travailler.

[1] Permettez-moi de rappeler ici des vers bien connus :

Vieux soldats de plomb que nous sommes,
Au cordeau nous alignant tous,
Si des rangs sortent quelques hommes,
Nous crions vite : A bas les fous!
On les persécute, on les tue,
Sauf, après un lent examen,
A leur dresser une statue
Pour la gloire du genre humain.

Digitized by Google

Les prodigues ne sont pas tous dépourvus de capacité, et parmi eux il y en a d'intelligents auxquels il n'a manqué que de travailler. Vienne la nécessité, et, le travail aidant leurs facultés naturelles, ils seront peut-être des hommes distingués. Que le prodigue se ruine jusqu'à la dernière extrémité, qu'il connaisse le besoin et la responsabilité, nous aurons quelque espoir de le voir arriver à sa réhabilitation. Avec un jugement qui lui conserve le moyen de vivre sur ses revenus, dans l'oisiveté ou la débauche, il n'y a pas à espérer qu'il se relève de sa déchéance.

Je ne prétends pas soutenir que, réduit à la misère, le prodigue deviendra toujours un modèle digne d'être imité; mon but est uniquement de prouver que les choses tourneront tantôt bien tantôt mal. Il n'y a donc rien à conclure des conséquences que vous indiquez parce que les conséquences contraires peuvent se produire avec autant de facilité et de fréquence.

Après d'aussi longs développements, il est nécessaire de se résumer :

1° Il ne faut pas soumettre au même régime que le faible d'esprit le jeune fou qui, par entraînement de jeunesse, fait des actes de prodigalité.

2° Le jugement qui nomme un conseil judiciaire à un jeune homme, lui inflige une *marque judiciaire* très-préjudiciable, et fait en le décourageant qu'il persévère dans sa conduite déplorable.

3° Ce jugement est une mesure tellement rigoureuse, qu'il rend le fils irréconciliable avec le père qui l'a fait rendre.

4° Ce jugement ferme au jeune homme, pourvu d'un conseil judiciaire, les carrières qui l'auraient peut-être relevé par le travail.

5° Le prodigue peut être empêché, par son conseil judiciaire, de refaire sa fortune en mettant ce qui lui reste dans une entreprise.

6° Le pouvoir d'appréciation donné aux tribunaux, en ce cas, est contraire à la maxime *optima lex quæ minimum judici.* Ce qui paraît sage au plus grand nombre n'est pas toujours le meilleur parti à prendre.

7° Il n'y a pas à distinguer entre les célibataires et les pères de famille. La réserve n'est pas un droit de copropriété, mais

Digitized by Google

un droit sur la succession attribué comme *datio in solutum* de la dette alimentaire. Les réservataires n'ont droit à la réserve que sur la succession, à l'égard des donataires et légataires et non envers le propriétaire lui-même.

8° Les prodigues qui se ruinent comme *hommes à projets* sont les remorqueurs de la civilisation; il serait contraire à l'intérêt général de les entraver dans le noble usage qu'ils font de leur fortune.

9° Il faudrait, comme conséquence dernière, donner un conseil judiciaire aux chrétiens généreux qui se ruinent par charité.

10° Si le prodigue est quelquefois un homme dangereux, la misère aussi peut le conduire au travail et à la réhabilitation.

J'ai terminé. Pour reprendre cette correspondance, j'attendrai la suite de *vos observations* sur mon mémoire; car, cette lettre a mis ma réplique au courant de vos objections. Nous avons encore beaucoup de questions à traiter, et, parmi celles qui seront examinées, il y en a plusieurs dont l'intérêt est considérable. Je vous remercie du soin que vous mettez à discuter mes idées; c'est une marque de bienveillance; j'y trouve, en même temps, la preuve que j'ai eu raison de soulever l'examen critique de nos lois civiles. Notre polémique est vive parfois; mais faut-il se plaindre de ce qui est le signe de la conviction? J'ai dépassé, je le reconnais, les limites d'une lutte scientifique lorsque, dans ma dernière lettre, j'ai combattu les opinions de MM. Huc, Bauby et Boissonade. Je me suis aperçu (mais trop tard) qu'en persiflant des idées j'avais touché à la personne de mes adversaires. Je crois m'honorer en exprimant ici le regret que j'en éprouve, et en priant ces honorables jurisconsultes d'agréer cette réparation. Elle fera, je l'espère, mentir le vers d'Horace : *Nescit vox missa reverti.*

Agréez, Monsieur et cher collègue, l'assurance des sentiments dévoués avec lesquels j'aime toujours à me dire votre collègue et ami, A. BATBIE.

Digitized by Google

DES ATTRIBUTIONS DES CONSEILS GÉNÉRAUX

DEPUIS LA LOI DU 18 JUILLET 1866,

Par M. SERRIGNY, professeur de droit administratif à la Faculté de Dijon.

Ces attributions étaient réglées par la loi du 10 mai 1838, corrélative à la loi d'organisation du 22 juin 1833. La première loi a été modifiée par le décret législatif du 25 mars 1852 sur la décentralisation. En théorie il y a deux manières de faire de la décentralisation : l'une qui consiste à augmenter les pouvoirs des préfets, agents de l'administration active, représentants du gouvernement dans chaque département, et soumis à son influence directe et de chaque instant; de telle sorte que, par cette délégation, le pouvoir de l'autorité centrale n'est point affaibli. L'autre mode de décentraliser consiste à étendre les attributions des conseils délibérants appelés à contrôler l'administration active, et représentants plus particulièrement des circonscriptions plus ou moins grandes, appelées départements ou communes, c'est-à-dire celles des conseils généraux et des conseils municipaux. Cette méthode étend les pouvoirs et l'influence des citoyens, soit électeurs, soit élus. Le décret du 25 mars 1852 avait fait de la décentralisation de la première espèce; la loi de 1866 en a fait de la deuxième. L'article final de cette dernière loi contient la formule banale si commode pour le législateur, mais qui l'est beaucoup moins pour les personnes chargées d'étudier et d'appliquer les lois : « Toutes « les dispositions antérieures demeurent abrogées en ce « qu'elles ont de contraire à la présente loi. » Il faut donc combiner les trois lois de 1838, de 1852 et de 1866, pour en faire sortir leur explication.

§ 1er. — *Division des attributions des conseils généraux.*

On sait que la loi de 1838 avait établi une division quadripartite des attributions des conseils généraux : 1° Ils faisaient seuls certains actes, sans qu'il fût besoin, pour leur validité, de les faire approuver par l'autorité supérieure. 2° Ils *délibéraient* sur d'autres actes, en prenant ce mot *délibérer* dans un

Digitized by Google

sens spécial et technique, c'est-à-dire à la condition que ces actes, pour devenir exécutoires, auraient besoin d'être approuvés ou homologués par l'autorité supérieure. 3° Ils donnaient des *avis* sur certaines mesures, sauf à l'administration à suivre ou non ces avis. 4° Enfin ils émettaient *des vœux* sur d'autres mesures (L. 10 mai 1838, art. 1 à 7).

Il suffit de parcourir cette nomenclature pour voir que le pouvoir des conseils généraux va s'affaissant dans l'ordre descendant de ces catégories. Il est beaucoup plus grand dans la première classe que dans la deuxième, puisque l'on est maître quand on agit seul et sans le concours de personne, tandis que l'on est subordonné ou dépendant d'autrui quand on a besoin du concours et de la volonté d'une autre personne pour agir. Ce pouvoir est plus considérable dans la deuxième catégorie que dans la troisième, puisque le concours du conseil général est nécessaire pour faire les actes y énumérés, le gouvernement ne pouvant pas se passer de l'initiative de ce conseil pour accomplir ces actes, tandis que les mesures soumises au simple droit d'avis peuvent être accomplies par l'administration, malgré l'avis contraire du conseil général. Enfin le pouvoir du conseil général est plus grand dans les matières de la troisième classe que dans celles de la quatrième; car l'administration est obligée de demander son avis dans les cas spécifiés par la loi, autrement elle s'exposerait à commettre des excès de pouvoir, tandis qu'elle n'est pas tenue de demander à ces conseils d'exprimer leurs vœux.

Les attributions les plus nombreuses des conseils généraux étaient rangées par la loi de 1838 dans la deuxième classe ci-dessus, et il fallait, pour les rendre exécutoires, tantôt l'approbation du législateur lui-même, ce qui avait lieu pour les contributions extraordinaires et les emprunts (art. 33 et 34), tantôt et fréquemment celle du chef de l'État (art. 29 à 38), quelquefois celle du ministre (art. 30 et 32), d'autres fois celle du préfet (art. 29, 30, 31, 33).

Qu'a fait le décret du 25 mars 1852? Il a transporté au préfet le droit d'approbation, réservé antérieurement au chef de l'État ou au ministre de l'intérieur, sur un très-grand nombre d'objets énumérés dans l'article 1er joint au tableau A de ce décret. Il suffit de jeter les yeux sur ce tableau, modifié et étendu par un autre décret du 13 avril 1861, pour voir com-

Digitized by Google

bien sont nombreuses et importantes les matières dévolues aux préfets par ces décrets. L'article 2 du même décret de 1852 a transporté du ministère, devenu depuis le ministère du commerce et de l'agriculture, au préfet les matières énumérées dans le tableau B. L'article 3 a délégué du ministre des finances aux préfets les matières mentionnées au tableau C; mais cette délégation est soumise à une double condition : 1° que les préfets statueront en conseil de préfecture, 2° qu'ils prendront l'avis ou la proposition des chefs de service. L'article 4 a dévolu du ministère des travaux publics aux préfets les objets mentionnés au tableau D, également sous deux conditions : 1° qu'ils statueront sur l'avis ou la proposition des ingénieurs en chef, 2° qu'ils se conformeront aux règlements ou instructions ministérielles. Enfin l'article 5 énumère un grand nombre de fonctions auxquelles peuvent nommer les préfets, mais sur la présentation des chefs de service, fonctions étendues par le décret de 1861. On voit, par là, que les conseils généraux n'avaient rien gagné aux décrets de décentralisation de 1852 et de 1861; les préfets seuls avaient hérité de beaucoup d'attributions, ce qui les élevait davantage dans leurs rapports avec les conseils généraux, et, dès lors, c'était, pour ceux-ci, plutôt une cause d'amoindrissement que d'élévation, puisque quand de deux voisins l'un s'élève, l'autre est censé diminuer d'importance relative s'il reste à la même place.

La loi du 18 juillet 1866 a opéré dans un tout autre esprit; elle étend énormément les attributions des conseils généraux, tantôt avec celles de l'administration centrale et le plus souvent avec celles des préfets; de sorte qu'elle doit produire un résultat inverse au décret de 1852. Ici, des deux voisins, le préfet et le conseil général, l'un s'agrandit considérablement, et fréquemment aux dépens de l'autre, de telle sorte que les conseils généraux s'élevant et les préfets étant abaissés, il se produira un effet opposé à celui qui est résulté du décret de 1852, et je ne serais pas surpris si la loi de 1866 trompait les prévisions du gouvernement et du public qui a demandé la décentralisation.

Cette loi laisse subsister la division quadripartite établie par celle de 1838, c'est-à-dire que les conseils généraux continueront d'exercer des attributions de quatre espèces différentes : 1° ils *statueront* ou décideront seuls; 2° ils *déli-*

Digitized by Google

bèreront à charge d'approbation ou d'homologation; 3° ils donneront des *avis;* 4° ils émettront des *vœux.* Rien n'est changé au cadre, mais les matières encadrées sont complétement changées de compartiment. La première classe, qui était la moins nombreuse, est démesurément augmentée au détriment de la deuxième, c'est-à-dire que les conseils généraux feront seuls ce que précédemment ils ne pouvaient faire qu'avec l'agrément de l'administration centrale ou du préfet.

L'article 1er de la loi nouvelle énumère seize catégories d'affaires, toutes importantes, qui passent dans le pouvoir de décision des conseils généraux. Le projet de loi proposait de subordonner ces affaires à l'initiative du préfet, au moyen de ces mots : « *sur la proposition du préfet,* » qui étaient plusieurs fois répétés dans les articles 1 et 2 du projet de loi. Mais ces expressions ont été supprimées sur la demande de la commission du Corps législatif; de sorte que les conseils généraux ont le droit d'initiative directe, qui ne leur appartenait pas autrefois, tandis que cette prérogative n'appartient plus au Corps législatif. En même temps que la loi donne à ces conseils le droit de décision sur un très-grand nombre d'affaires, elle les dispense de l'initiative du préfet, de sorte qu'ils pourront se saisir directement, sur la simple proposition de l'un de leurs membres, d'une multitude d'affaires et les décider sans l'agrément de l'administration.

Voici quels sont aujourd'hui les objets soumis au pouvoir de *décision* des conseils généraux et rangés dans la première classe de leurs attributions :

D'après la loi de 1838, ils continuent : 1° de répartir, chaque année, les contributions directes entre les arrondissements de la circonscription départementale;

2° De statuer sur les demandes en réduction du contingent assigné à un arrondissement;

3° De prononcer sur les demandes en réduction du contingent formées par les communes;

4° De voter les centimes additionnels dont la perception est autorisée par les lois (art. 1, 2, 3);

5° De vérifier l'état des archives et celui du mobilier appartenant au département (art. 8 dite loi).

D'après la loi du 18 juillet 1866, art. 1er, ils *statueront définitivement* sur les objets suivants :

Digitized by Google

1° Acquisitions, aliénations et échange de propriétés départementales mobilières ou immobilières, quand ces propriétés ne sont pas affectées à l'un des services énumérés au n° 4;

2° Mode de gestion des propriétés départementales;

3° Baux de biens donnés ou pris à ferme ou à loyer, quelle qu'en soit la durée;

4° Changement de destination des propriétés et des édifices départementaux autres que les hôtels de préfecture et de sous-préfecture et les locaux affectés aux Cours et tribunaux, au casernement de la gendarmerie et aux prisons;

5° Acceptation ou refus de dons et legs faits au département sans charges ni affectation immobilière, quand ces dons et legs ne donnent pas lieu à réclamation;

6° Classement et direction des routes départementales, lorsque le tracé desdites routes ne se prolonge pas sur le territoire d'un autre département; projets, plans et devis des travaux à exécuter pour la construction, la rectification ou l'entretien des routes départementales; le tout sauf l'exécution des lois et règlements sur l'expropriation pour cause d'utilité publique;

Projets, plans et devis de tous autres travaux à exécuter sur les fonds départementaux;

7° Classement et direction des chemins vicinaux de grande communication; désignation des chemins vicinaux d'intérêt commun; désignation des communes qui doivent concourir à l'exécution et à l'entretien desdits chemins; le tout sur l'avis des conseils municipaux et d'arrondissement;

Répartition des subventions accordées sur les fonds départementaux aux chemins vicinaux de grande communication ou d'intérêt commun;

8° Offres faites par des communes, par des associations ou des particuliers pour concourir à la dépense des routes départementales ou d'autres travaux à la charge des départements;

9° Déclassement des routes départementales, des chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun, lorsque leur tracé ne se prolonge pas sur le territoire d'un ou de plusieurs départements;

10° Désignation des services auxquels sera confiée l'exécution des travaux sur les chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun, et mode d'exécution des travaux

Digitized by Google

à la charge du département, autres que ceux des routes départementales;

11° Emploi des fonds libres provenant d'emprunts ou de centimes extraordinaires recouvrés ou à recouvrer dans le cours de l'exercice;

12° Assurance des bâtiments départementaux;

13° Actions à intenter ou à soutenir au nom du département, sauf les cas d'urgence, dans lesquels le préfet pourra agir conformément à l'article 36 de la loi du 10 mai 1838;

14° Transactions concernant les droits des départements;

15° Recettes et dépenses des établissements d'aliénés appartenant au département; approbation des traités passés avec des établissements privés ou publics pour le traitement des aliénés du département (ce qui comprend même la fixation de la part proportionnelle laissée à la charge des communes et des familles, suivant l'interprétation de la circulaire ministérielle du 4 août 1866);

16° Service des enfants assistés.

Je m'abstiens de donner aucune explication sur chacun des paragraphes de cet article 1er de la loi de 1866, parce que ce commentaire se trouve dans la circulaire du ministre de l'intérieur, en date du 4 août 1866, qui est partout, spécialement dans *les Lois annotées* de Sirey, 1866, p. 78, et dans le *Bulletin du ministère de l'intérieur*.

En abandonnant son droit d'approbation sur ces seize catégories d'affaires, le gouvernement n'a pas renoncé à tout pouvoir sur les décisions du conseil général, ce droit est converti, pour toutes ces affaires, en un droit d'annulation pour excès de pouvoir ou pour violation d'une disposition de loi ou de règlement d'administration publique, à la charge de ne prononcer cette annulation que par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique, et seulement dans le délai de deux mois à partir de la clôture de la session (dite loi, art. 4).

En outre, pour quatre catégories d'affaires mentionnées aux nos 6, 7, 15 et 16 de l'article 1er ci-dessus, la loi réserve au gouvernement le droit d'en *suspendre l'exécution*, dans le même délai de deux mois; de sorte que, pour ces quatre catégories d'affaires, l'administration centrale est armée d'un double droit : 1° de *suspension*, 2° d'*annulation*.

Digitized by Google

La conversion opérée par la loi de 1866, en ce qui concerne la décentralisation opérée au profit des conseils généraux, est analogue à celle décrétée par l'acte législatif du 25 mars 1852. L'article 6 de ce décret a converti le *droit d'approbation* en un *droit d'annulation*, en ces termes : « Ceux de ces actes « qui seraient contraires aux lois et règlements, *ou qui don-* « *neraient lieu aux réclamations des parties intéressées* pourront « être *annulées* par les ministres compétents. » En comparant cette rédaction, qui est semblable à celle de la loi municipale du 18 juillet 1837, art. 18, avec celle de la loi départementale du 18 juillet 1866, art. 3, on remarque une différence notable, en ce que cette dernière loi ne reproduit pas la faculté de l'annulation *sur la réclamation des parties intéressées*. D'où vient cette différence de rédaction, et quelles conséquences pratiques faut-il en tirer? Est-ce à dire qu'en aucun cas le recours ne sera recevable de la part des parties intéressées contre les décisions des conseils généraux prises dans les seize catégories d'affaires décentralisées par la loi de 1866? Je ne crois pas qu'il faille admettre cette conséquence. Voici, à mon avis, ce qui doit résulter de la loi nouvelle : s'il s'agit d'un recours pour incompétence ou excès de pouvoir, il sera recevable devant le Conseil d'État en la forme contentieuse, sur la demande d'une partie intéressée, par exemple d'une commune, en vertu de la loi des 7-14 octobre 1790, qui autorise cette voie d'une manière générale contre les actes des corps administratifs. Mais s'il s'agissait d'un recours pour grief portant sur le fond, sans qu'il y eût incompétence ou excès de pouvoir, la réclamation ne serait admissible devant aucune autorité. C'est là une différence avec ce qui a lieu en vertu de la loi du 18 juillet 1837, art. 18, et du décret du 25 mars 1852, art. 6, qui autorisent le recours contre les décisions des conseils municipaux ou des arrêtés préfectoraux, *sur la réclamation des parties intéressées*, sans distinction entre les moyens du fond et les moyens d'incompétence ou d'excès de pouvoir.

On doit encore ranger les objets suivants dans la première classe des attributions des conseils généraux, en vertu de la loi du 18 juillet 1866 :

1° Ils votent, dans la limite d'un maximum qui sera fixé annuellement par la loi de finances, des centimes *extraordinaires* affectés à des dépenses d'utilité départementale;

Digitized by Google

2° Ils votent des *emprunts* départementaux remboursables dans un délai qui ne pourra excéder douze années, sur ces centimes extraordinaires ou sur les ressources ordinaires (art. 2);

3° Ils fixent, chaque année, le maximum du nombre des centimes *extraordinaires* que les conseils municipaux sont autorisés à voter, pour en affecter le produit à des dépenses extraordinaires d'utilité communale. Si le conseil général se sépare sans l'avoir fixé, le maximum arrêté pour l'année précédente est maintenu jusqu'à la session suivante. Le maximum ne peut dépasser 20 centimes (dite loi, art. 4). Ces trois attributions nouvelles des conseils généraux ne sont subordonnées à aucune approbation quelconque. C'est là de la décentralisation extrême, car, après avoir exigé une approbation spéciale du législateur lui-même dans la loi de 1838, art. 33 et 34, pour les contributions *extraordinaires* et les *emprunts* départementaux, on émancipe complétement les conseils généraux, en leur permettant de grever, non-seulement leurs commettants et la corporation qu'ils représentent, mais encore en autorisant à grever les autres corporations municipales de la circonscription départementale. Voilà bien le caractère français qui passe toujours, et en toutes choses, d'un excès à l'autre, sans jamais s'arrêter dans des limites raisonnables. Il est vrai que le gouvernement actuel n'use guère de la tutelle que lui donnaient les lois pour retenir les départements et les communes dans la voie des dépenses, et, par suite, des impositions extraordinaires et des emprunts; il les pousse et les excite, au contraire, à faire des dépenses de tous genres, par des motifs qu'il n'est pas difficile de deviner. Ce n'était pas la politique de Colbert qui a employé une grande partie de son administration à éteindre les dettes des communes, afin qu'elles fussent mieux en état de supporter les charges générales de l'État. Voilà ce que l'on peut dire sur les attributions rentrant dans la première classe de celles des conseils généraux.

Quant à leurs attributions de la deuxième catégorie, c'est-à-dire à celles sur lesquelles ces conseils délibèrent à charge d'approbation par l'autorité supérieure, le principe s'en trouve encore aujourd'hui principalement dans la loi du 10 mai 1838, art. 4, qu'il faut combiner avec l'article 1er de la loi de 1866, afin de distinguer celles qui restent soumises à la règle ancienne

Digitized by Google

établie par les articles 4 et 5 de la loi de 1838, de celles qui ont passé dans la première catégorie en vertu de l'article 1er de la loi de 1866. De cette comparaison il ressort que le conseil général doit encore aujourd'hui délibérer, à charge d'approbations, sur les objets suivants :

1° Acquisitions, aliénations et échanges de propriétés départementales, quand ces propriétés sont affectées aux hôtels de préfecture, de sous-préfecture, aux Cours et tribunaux, au casernement de la gendarmerie et des prisons (L. 1866, article 1er, n° 1);

2° Changement de destination des propriétés et édifices départementaux affectés à ces différents genres de services (dite loi, art. 1er, n° 4);

3° Acceptation ou refus de dons ou legs avec affectation ou charge immobilière, ou qui donnent lieu à réclamation (dit art., n° 5);

4° Classement et direction de routes départementales qui se prolongent sur un autre département (*ib.*, n° 6);

5° Projets, plans et devis de tous autres travaux à exécuter sur les fonds départementaux, aux prisons départementales et aux asiles publics d'aliénés, quand ces travaux engagent la question de système ou de régime intérieur (circ. minist. de l'int. du 4 août 1866);

6° Déclassement des routes départementales, des chemins vicinaux et d'intérêt commun, lorsque leur tracé se prolonge sur le territoire d'un ou de plusieurs départements (dit art., n° 9);

7° Concession à des associations, à des compagnies ou à des particuliers, de travaux d'intérêt départemental (L. 10 mai 1838, art. 4, n° 11);

8° Part contributive à imposer au département dans la dépense des travaux à exécuter par l'État, et qui intéressent le département (dit art., n° 12);

9° Part contributive du département aux dépenses des travaux qui intéressent à la fois le département et les communes (dit art., n° 13);

10° Établissement et organisation des caisses de retraite ou autre mode de rémunération en faveur des employés des préfectures et des sous-préfectures (dit art., n° 14);

Digitized by Google

11° Budgets et comptes du département (L. 10 mai 1838, art. 11, et art. 24, § final);

12° Tous autres objets sur lesquels le conseil général est appelé à *délibérer* dans le sens restreint de ce mot, par les lois et par les règlements.

La troisième et la quatrième catégorie des attributions des conseils généraux réglées par la loi du 10 mai 1838, art. 6 et 7, c'est-à-dire leur droit d'*avis* et leur droit d'émettre des *vœux*, n'ont point été modifiées par le décret du 25 mars 1852 ni par la loi du 18 juillet 1866; dès lors nous croyons ne devoir rien dire pour expliquer ces anciennes attributions connues de tous ceux qu'intéressent ces matières.

§ 2. — *De la comptabilité des départements.*

On sait de quoi se composent les ressources et les charges départementales d'après la loi du 10 mai 1838, art. 8 et 10. On sait également que le budget départemental était divisé en *sections* d'après la même loi (art. 11 et suiv.). Ces sections, au nombre de cinq, comprenaient les recettes et dépenses *ordinaires*, *facultatives*, *extraordinaires* et *spéciales* pour les *chemins vicinaux* et pour l'*instruction primaire*. Les dépenses *ordinaires* étaient obligatoires pour les conseils généraux jusqu'à concurrence du montant des ressources destinées à y pourvoir (dite loi, art. 14). Aucune dépense facultative ne pouvait être inscrite dans cette première section (art. 15), dans la crainte que ces dépenses facultatives n'absorbassent une partie des ressources destinées aux dépenses ordinaires, considérées comme nécessaires à la marche des services départementaux.

Le principe de la spécialité qui, en 1838, était appliqué au budget de l'État, avait également été admis dans le budget départemental, et il s'appliquait à toutes les sections sauf la section des dépenses facultatives, dans laquelle le conseil général pouvait faire figurer d'autres dépenses (dite loi, art. 16). En dehors de cette exception, la règle de la spécialité était consacrée pour les autres sections (art. 15 et 19 *ib.*).

Cette spécialité gênait l'administration, et voici en quels termes elle a été critiquée par M. Haussman, préfet de la Seine, dans son *Mémoire d'ouverture de la session du conseil*

Digitized by Google

général de la Seine, le 3 décembre 1866 : « Vous vous rappelez, Messieurs, combien de fois nous avons souhaité de voir disparaître de nos budgets ces formes vieillies, pleines de complication, et suscitant, sous prétexte d'ordre et de régularité, des troubles et des embarras; ces cadres qui ne permettaient pas de pourvoir aux dépenses nécessaires, alors que des ressources qui auraient pu être suffisantes pour tous les besoins, avec une répartition intelligente, allaient grossir la part attribuée à des services déjà surabondamment assurés. — Condamnées par l'expérience, les anciennes sections, qui paralysaient nos efforts et nuisaient à l'intérêt public, en même temps qu'elles compromettaient l'équilibre de vos budgets, vont faire place enfin à une division plus rationnelle et plus large, qui groupera les dépenses et les ressources suivant leur nature vraie, et permettra de répartir les crédits dans la proportion même des besoins et des charges. » V. *Moniteur* du 9 décembre 1866, p. 1388, col. 3.

Les anciens budgets départementaux offraient un autre point qui avait été longtemps l'objet de réclamations, soit dans les assemblées législatives, soit en dehors de ces assemblées. Rien ne semblait plus rationnel, au premier coup d'œil, que la création du fonds commun destiné à venir au secours des départements les plus pauvres. En effet, les dépenses de chaque département ne sont pas toujours proportionnelles à sa richesse ou à ses recettes. Les routes départementales peuvent être aussi longues et même plus étendues dans un département dont le sol est pauvre et, par conséquent, dont les centimes additionnels et l'impôt foncier sont peu productifs, que dans celui dont le sol est riche. Les frais généraux de ce département pour les bâtiments affectés aux services départementaux peuvent être aussi élevés que ceux d'un département riche. Les hôtels de la préfecture et des sous-préfectures, les palais de la Cour d'assises et des tribunaux, l'asile public d'aliénés et les prisons peuvent entraîner des dépenses aussi fortes que celles des départements mieux favorisés de la fortune. Il semblait donc équitable d'établir, comme le faisait depuis longtemps la législation, une association mutuelle forcée dans laquelle les mises étaient proportionnelles, mais dont la répartition servait à corriger les inégalités de la fortune. L'histoire prouve que les institutions ne sont

Digitized by Google

souvent bien connues que par la pratique. Or il est arrivé que le fonds commun a donné lieu à des critiques fréquentes sous deux rapports : 1° on a prétendu que les départements les plus riches obtenaient souvent la part du lion dans ce fonds commun; 2° on a dit que son existence était une excitation à la dépense et que certains conseils généraux exagéraient leurs dépenses ordinaires par des moyens plus ou moins sincères, par exemple en érigeant leurs chemins vicinaux en routes départementales, afin d'exagérer leurs dépenses ordinaires, pour se faire pauvres et pour obtenir une plus grande part dans le fonds commun. De la sorte ils arrivaient, au moyen de la prime qu'ils retiraient de ce fonds, à faire payer par les autres départements une partie des dépenses de leurs chemins vicinaux. C'est à tel point qu'un député très-gouvernemental et très-compétent dans les matières budgétaires, M. Lequien, avait proposé de supprimer le fonds commun. V. le développement de cette proposition dans le *Moniteur* du 13 août 1859, p. 2369, col. 2.

La loi du 18 juillet 1866 a donné satisfaction à cette double réclamation, en supprimant les anciennes sections et le fonds commun. En ce qui concerne ce dernier point, ce ne sont pas les centimes additionnels qui formaient cet ancien fonds commun qui sont supprimés; les contribuables continueront de les payer; c'est le partage et la répartition qui n'auront plus lieu, car chaque département conservera le montant du produit de ces centimes. Pour indemniser les départements, qui retiraient plus qu'ils ne versaient dans ce fonds, il est créé par la loi nouvelle un fonds fixé à la somme de 4 millions et dont la répartition sera faite annuellement par un décret impérial. De la sorte les départements subventionnés par l'ancien fonds continueront à recevoir une subvention, mais elle sera puisée dans le budget de l'État, au lieu d'être constituée par l'établissement de centimes particuliers. Cette somme de 4 millions (qui pourra varier d'après la loi annuelle du budget) est bien inférieure à la masse de l'ancien fonds commun, qui, pour la dernière année de son existence, s'est élevé à 15,125,207 francs (V. décret du 21 juillet 1866, bull. n° 14,497). Cette différence s'explique aisément en ce que précédemment tous les départements reprenaient une part de ces 15 millions, les uns plus, les autres moins qu'ils n'y

Digitized by Google

avaient mis. A l'avenir, il n'y aura d'admissibles aux 4 millions du fonds nouveau que les départements qui recevaient un excédant supérieur à leur mise, et ils n'y participeront que pour cet excédant seulement.

La loi nouvelle ajoute encore une condition pour être admis à participer à ces 4 millions, c'est que ces départements devront avoir épuisé les centimes additionnels vicinaux et de l'instruction primaire que les lois mettent à leur disposition, soit pour les besoins des services auxquels ces centimes sont affectés, soit pour leurs dépenses ordinaires (art. 8). Cette disposition est un dernier vestige de la prime accordée à la prodigalité et refusée à l'esprit d'économie.

A l'avenir, le budget départemental sera divisé en budget *ordinaire* et en budget *extraordinaire*. Cette division rétablit l'uniformité, à ce point de vue, entre ce budget et les budgets de l'État et des communes.

Les *dépenses du budget ordinaire* comprendront les dépenses autrefois comprises dans les sections des dépenses *ordinaires*, *facultatives*, des *chemins vicinaux* et de l'*instruction primaire*. Il n'y aura donc en dehors de ces dépenses que les anciennes dépenses *extraordinaires*.

Les *recettes du budget ordinaire* se composeront du produit des centimes additionnels appelés autrefois *ordinaires*, *facultatifs*, *pour fonds commun*, dans les limites déterminées par la loi de finances, des centimes *pour les chemins vicinaux* et *pour l'instruction primaire*, et, en outre, des produits minimes énumérés dans la loi du 10 mai 1838, art. 10, n°s 5, 6, 7 et 8. Cela revient à dire que les quatre anciennes sections du budget, auxquelles correspondaient ces dépenses et ces recettes, se trouvent fondues en une seule, dans laquelle les conseils généraux pourront se mouvoir plus aisément qu'ils ne le pouvaient faire quand les recettes et les dépenses étaient encadrées dans ces quatre anciens compartiments. La suppression de la spécialité conduisait tout droit à ce résultat.

Quant au *budget extraordinaire*, la loi générale n'a pu en prévoir les *dépenses*; elles varient dans chaque département selon les besoins qui les font naître et les délibérations qui leur donnent naissance. La loi de 1866 s'occupe donc uniquement, comme du reste l'a fait la loi municipale du 18 juillet 1837, de déterminer les ressources qui constitueront les *re-*

Digitized by Google

cettes de ce budget extraordinaire. En voici la nomenclature : elles se composeront :

1° Du produit des *centimes extraordinaires* votés annuellement par le conseil général dans les limites déterminées par la loi de finances, ou par des lois spéciales;

2° Du produit des biens aliénés;

3° Des dons et legs;

4° Du remboursement des capitaux exigibles et des routes rachetées;

5° Du produit des emprunts;

6° De toutes autres recettes accidentelles.

La loi du 18 juillet 1866 donne une demi-satisfaction à une ancienne réclamation qui se reproduisait presque chaque année dans la discussion du budget. Jusqu'ici les bois de l'État, qui sont exempts de l'impôt foncier, ne supportaient aucun des centimes départementaux, si ce n'est pour les chemins vicinaux ordinaires en vertu de la loi du 21 mai 1836, art. 13, et pour les chemins de fer d'intérêt local en vertu de la loi du 12 juillet 1865, art. 3. Cela paraissait injuste, puisque les bois de l'État profitent des dépenses départementales, notamment de l'établissement des routes départementales, comme les autres propriétés foncières situées dans la circonscription du département. Cela était contraire au principe fondamental écrit dans la loi du 3 frimaire an VII et dans la loi-instruction des 23 novembre-1er décembre 1790, que la contribution foncière doit être répartie *sur toutes les propriétés foncières*, ce qui comprenait alors même les fonds de l'État. Si plus tard les bois en ont été exempts en vertu de la loi du 19 ventôse an IX, ce n'était pas une raison pour les affranchir des charges locales. A l'avenir, les bois et forêts de l'État acquitteront les centimes *ordinaires* et *extraordinaires* affectés *aux dépenses des départements* dans la proportion *de la moitié de leur valeur imposable* (dite loi du 18 juillet 1866), sans préjudice des dispositions des lois antérieures de 1836 et de 1865 précitées. V. dite loi du 18 juillet 1866, § pénultième.

Jusqu'ici les centimes additionnels *ordinaires*, *facultatifs* et pour *fonds commun* ne portaient que sur le principal de l'impôt foncier et de l'impôt personnel et mobilier, et les centimes *extraordinaires* portaient sur le principal des seuls impôts désignés dans les lois spéciales qui les ont autorisés. A l'avenir,

Digitized by Google

tout centime additionnel, soit ordinaire, soit extraordinaire, qui serait ultérieurement établi en sus de ceux actuellement autorisés, portera sur toutes les contributions directes, c'est-à-dire, outre les impôts foncier et personnel-mobilier, sur les impôts des portes et fenêtres et des patentes (dite loi, art. 6, § final).

Les dépenses obligatoires sont réduites à trois : 1° loyer et entretien des hôtels de préfecture et de sous-préfecture; — 2° casernement ordinaire des brigades de gendarmerie; — 3° loyer, mobilier et menues dépenses des Cours et tribunaux, et menues dépenses des justices de paix. Il y est pourvu au moyen d'une contribution spéciale portant sur les quatre contributions directes et établie par un décret impérial dans les limites du maximum fixé annuellement par la loi de finances, ou par une loi, si la contribution doit excéder ce maximum. Le décret est rendu dans la forme des règlements d'administration publique, c'est-à-dire précédé d'une délibération du Conseil d'État, et inséré au *Bulletin des lois* (dite loi, art. 10). Aucune autre dépense ne peut être inscrite d'office dans le budget ordinaire, et les allocations qui y sont portées par le conseil général ne peuvent être ni chargées ni modifiées par le décret impérial qui règle le budget (*ib.*, art. 11).

Les dispositions de la loi du 18 juillet 1866; celles de la loi du 10 mai 1838 et celles du décret du 25 mars 1852 sont applicables à l'administration du département de la Seine, si ce n'est que le conseil général ne pourra établir aucune imposition *extraordinaire* ni contracter aucun *emprunt* sans y être autorisé par une loi (dite loi, art. 13 et 14). Cette dernière exception s'explique par l'importance du budget du département de la Seine, qui s'élève à 241,653,613 fr. 30 cent. pour l'exercice 1867 (V. *Monit.* de 1866, p. 1410). L'assimilation, quant au surplus, du département de la Seine aux autres départements n'est que la confirmation du décret du 9 janvier 1861, qui avait abrogé l'article 7 du décret du 25 mars 1852 sur la décentralisation opérée au profit des préfets.

Maintenant que nous avons exposé le système de la loi nouvelle sur les conseils généraux, quelle opinion doit-on se faire de cette loi? Les organes de la publicité ont demandé de la décentralisation. A cette demande formulée par l'opinion publique, le gouvernement et le législateur semblent avoir

Digitized by Google

voulu faire cette réponse : — Vous voulez de la décentralisation? Eh bien en voilà. Est-ce à dire que la loi de 1866 doive être considérée comme une bonne loi, devant avoir devant elle un long avenir? S'il faut dire mon opinion, je pense que cette loi renferme plusieurs améliorations, mais que, prise dans son ensemble, elle produira plus de mal que de bien et qu'elle n'aura pas une longue vie. Elle contient, à mon avis, deux vices fondamentaux :

1° Elle étend outre mesure les attributions des conseils généraux au détriment de celles des préfets. Ces conseils ne sont plus simplement des organes de délibération et de contrôle, ils sont investis de pouvoirs administratifs actifs très-considérables, surtout en ce qui concerne les routes départementales, les chemins vicinaux et les autres travaux départementaux. La passion qui pousse chaque membre du conseil à vouloir des chemins pour son canton, afin de complaire à ses électeurs, sera une cause de tourment pour les préfets. Les dispositions qui donnent au conseil général les recettes et les dépenses des établissements d'aliénés et celles des enfants assistés mettent les préfets dans la dépendance du conseil.

Les auteurs de la loi ont attaché une grande importance au droit *de suspension* et au droit *d'annulation* établis par l'article 3, § final, et par l'article 3, et dont nous avons parlé plus haut. Ils se sont probablement dit : La conversion du *droit d'approbation* en *droit d'annulation*, prononcée par l'article 6 du décret du 25 mars 1852, a produit d'excellents effets et empêché qu'il ne résultât des abus de la décentralisation opérée par ce décret en faveur des préfets; il en sera de même de la conversion du *droit* de confirmation ou *d'approbation* des délibérations des conseils généraux dans le *droit de suspension* et dans celui *d'annulation;* avec ce double droit l'administration centrale ne sera point désarmée et pourra toujours *reprimer* les abus que les conseils généraux pourront faire de leurs nouvelles attributions et conserver la juste autorité due aux préfets.

J'ai moins de confiance que les auteurs de la loi dans ce remède *répressif*. Le recours ouvert à l'administration centrale par l'article 6 du décret de mars 1852 et le droit d'annulation d'office dont il investit le ministre sur les arrêtés des préfets

Digitized by Google

peut toujours s'exercer sans inconvénient. En effet, ce secours a lieu de la part des particuliers ou corps lésés par le préfet, et s'exerce sans crainte qu'il en résulte des collisions dangereuses pour la marche des affaires. D'autre part, le droit d'annulation d'office du ministre sur les actes préfectoraux ne peut amener de conflit entre le ministre et les préfets, à raison de la position entièrement subordonnée de ceux-ci. Il en sera tout autrement pour l'application de la loi du 18 juillet 1866. Quand le conseil général aura pris une mesure qui déplaira au préfet, celui-ci y regardera à deux fois avant d'adresser un rapport au ministre pour demander la suspension ou l'annulation de la mesure. Ce serait faire acte d'hostilité contre la majorité de son conseil général et se mettre en guerre avec lui. Or les conseils généraux (s'ils savent user de leurs droits) seront tellement puissants, que presque toujours ils l'emporteront dans les luttes qu'ils auront avec les préfets. Ceux-ci seraient donc presque toujours exposés à avoir le dessous et à être changés de résidence. Combien y aura-t-il de préfets qui voudront courir ces chances en dénonçant au ministre les décisions des conseils généraux? Il n'y aura guère que ceux qui se sentiront assez bien soutenus au ministère pour obtenir de l'avancement dans le cas où ils viendraient à être déplacés par suite de luttes avec leur conseil général. Ce qui pourra rendre le mal moins grave, c'est l'extrême brièveté des sessions des conseils généraux et le défaut de connaissances suffisantes de leurs droits de la part d'un grand nombre de membres de ces conseils.

2° La loi nouvelle me semble offrir un second vice, qui est, à mes yeux, encore plus grave que le premier, c'est qu'elle sera infailliblement une cause d'augmentation d'impôts pour les contribuables. Tous les corps délibérants qui ont le droit de voter des dépenses et des impôts sont portés à user largement de cette faculté : les uns pour plaire à leurs commettants et à cette race innombrable de parasites et de mendiants de toute espèce et de tout étage qui assiégent incessamment, en France, tout individu qui a la moindre influence sur la distribution de l'or ou de l'argent. C'est la plus grande plaie de nos sociétés que cette race de mendiants, qui aiment mieux tenir leur récompense des deniers du public que de leur travail. Or quand il s'agit des deniers publics, ceux qui en disposent sont

Digitized by Google

ordinairement disposés à en faire litière, afin de s'acquérir des protégés et des prôneurs dans les colléges électoraux et ailleurs. Voilà pourquoi le pouvoir donné aux conseils généraux, par l'article 2 de la loi de 1866, de voter des contributions *extraordinaires* et des *emprunts*, me paraît des plus dangereux. Il l'est surtout avec notre système électif actuel, qui permet à ceux qui ne possèdent rien d'être électeurs et éligibles. Ceux qui ne supportent pas le poids des impôts sont toujours disposés à les voter, parce qu'ils ne leur nuisent pas et qu'au contraire ils leur profitent. Je sais bien que la loi de finances fixera une limite. Ce sera une raison de plus pour s'approcher de la limite et pour l'atteindre, sauf ensuite à la dépasser. Le mal sera d'autant plus dangereux que ces contributions extraordinaires et ces emprunts n'apparaîtront plus, comme cela a lieu jusqu'ici, dans le *Bulletin des lois*, sous la forme de lois spéciales qui en occupaient une bonne partie, tant dans l'intérêt des départements que dans celui des grandes villes.

D'après la loi du 18 juillet 1866, combinée avec le budget de 1867, le nombre des centimes additionnels mis à la disposition des conseils généraux sera de 32, sans compter les centimes *cadastraux* et les centimes *extraordinaires*, qui sont inégalement établis dans les départements. Ces 32 centimes atteignent de bien près 33 centimes et tiers, qui forment le tiers du principal des impôts directs auxquels s'ajoutent ces centimes. Quant aux centimes départementaux *extraordinaires*, ils figurent au budget de 1867 pour 21,800,000 francs + 5,390,000 francs = 27,390,000 francs. Si cette dernière somme était répartie dans chaque département proportionnellement au principal des contributions foncières et mobilières, le total des centimes mis à la disposition des conseils généraux dépasserait de beaucoup *le tiers du principal* de ces contributions. La mise à exécution de la nouvelle loi amènera promptement à dépasser tout cela, et les contribuables qui en souffriront se lamenteront sans savoir d'où vient le mal.

A mes yeux, la force des États, des départements et des communes repose tout entière sur de bonnes finances. Voilà pourquoi Colbert, qui sentait cela, voulait libérer les communes de leurs dettes, afin de mettre leurs habitants en position de supporter les impôts généraux, qu'on appelait les

Digitized by Google

revenus du roi. Voilà pourquoi les particuliers endettés sont encore aujourd'hui à la merci de leurs créanciers, bien qu'ils ne soient plus *nexi*, comme sous la loi des Douze Tables, et enfermés dans les ergastules ou prisons de leurs créanciers. Voilà pourquoi tant de débiteurs se laissent entraîner à des expédients déplorables et se déshonorent en compromettant leur famille, ou l'administration s'ils sont fonctionnaires publics. C'est encore là une des plaies sociales[1]. La loi de 1866 appauvrira les contribuables et les rendra moins aptes à supporter les impôts généraux, ce qui doit être la sollicitude de tout bon gouvernement soucieux des forces et de la grandeur du pays. C'est parce que le système politique de Colbert avait été abandonné en ce point dans le dernier siècle, que tant de villes étaient si énormément obérées en 1789 ; et, pour le dire en passant, ce fut l'une des causes qui amenèrent la révolution, parce que la France était hors d'état de supporter le déficit des finances royales et municipales. Je fais des vœux bien sincères pour que la loi de 1866 sur les conseils généraux n'aggrave pas la condition des contribuables ; mais je n'espère pas qu'ils seront exaucés, ou plutôt je crois être certain qu'ils ne le seront pas.

SERRIGNY.

[1] Le cardinal de Richelieu, qui s'y connaissait, a dit dans son TESTAMENT POLITIQUE, 1re partie, ch. 4, sect. 1 : « Le bien est un grand ornement aux dignités, qui sont tellement relevées par le lustre extérieur, qu'on peut dire hardiment que de deux personnes dont le mérite est égal, celle qui est la plus aisée en ses affaires est préférable à l'autre, étant certain qu'il faut qu'un pauvre magistrat ait l'âme d'une trempe bien forte, si elle ne se laisse quelquefois amollir par la considération de ses intérêts. Aussi l'expérience nous apprend que les riches sont moins sujets à *concussion* que les autres, et que la pauvreté contraint un officier à être fort soigneux du revenu du sac. »

Digitized by Google

D'UN PROJET DE LOI

SOUMIS AU CONSEIL D'ÉTAT SUR LES VENTES JUDICIAIRES D'IMMEUBLES, LA PURGE DES HYPOTHÈQUES, LES LICITATIONS ET PARTAGES. — OBSERVATIONS DES AVOUÉS DE PREMIÈRE INSTANCE DES DÉPARTEMENTS.

Par M. L. M. DE VALROGER, docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

L'accès de la justice n'est nulle part plus facile qu'en France; nulle part elle ne coûte moins aux parties. Néanmoins un louable désir de la rendre encore moins dispendieuse a suscité des idées de réforme de nos lois de procédure. Les officiers ministériels, qui sont les agents des actes qu'on supprimerait, ne peuvent voir de tels changements d'un œil indifférent. Les produits d'offices achetés souvent à haut prix sur la foi des lois du temps, sont ainsi atteints ou menacés d'une décroissance imprévue. Il faut rendre au corps des avoués cette justice qu'il n'a point résisté à ce qui avait le caractère d'une réforme sérieusement utile et d'un véritable progrès. Mais plus d'une fois il a eu l'occasion de montrer que des innovations mises à l'étude et qui porteraient une grave atteinte à ses droits n'étaient point de nature à procurer aux justiciables le profit qu'on s'en promettait, ou que ce profit serait payé par le sacrifice d'intérêts supérieurs à quelque légère économie. Les avoués ne seraient-ils pas encore une fois à la veille d'être victimes d'innovations de même genre?

Le Moniteur du 17 mai 1866 fit connaître qu'une commission, instituée auprès du ministère de la justice pour étudier les réformes dont le Code de procédure était susceptible, avait donné une attention particulière à la révision des chapitres qui règlent les formalités des ventes judiciaires. On a bientôt appris qu'en effet un projet de loi relatif à ce sujet était soumis aux délibérations du Conseil d'État. Ce projet touche beaucoup plus les avoués de première instance des départements que ceux de Paris. Une conférence, formée depuis plus de vingt-cinq ans pour la défense de leurs intérêts, a choisi pour son président M. Rameau, avoué à Versailles. Nous avons sous les

Digitized by Google

yeux les *Observations* soumises au Conseil d'État par M. Rameau au nom du corps qu'il représente. Le corps ne pouvait assurément se faire mieux représenter.

Nous négligerons quelques critiques de détail adressées au projet pour appeler l'attention sur des points d'un plus grand intérêt.

Les frais que peuvent facilement supporter les ventes judiciaires d'immeubles importants, sont un poids écrasant pour les ventes de propriété minime. Telle est la considération qui a frappé les auteurs du projet.

Le mal est de nature à s'aggraver de plus en plus par suite du morcellement progressif de la propriété foncière. Ce morcellement mérite d'attirer les méditations de nos législateurs. Le développement indéfini du nombre des propriétaires est, sans aucun doute, à désirer : non-seulement ce sera le signe d'un bien-être plus général, ce sera aussi la meilleure garantie du droit de propriété. Mais autre chose est le progrès du nombre des participants à la propriété foncière, autre chose le progrès sans limite du morcellement de ses parcelles. Nous nous associons tout à fait aux *Observations* lorsquelles font cette distinction très-juste. Malheureusement ce qui est le moins souhaitable est ce qui marche le plus vite. Les calculs exposés dans les *Observations* établissent clairement que depuis quelques années le morcellement s'est accru deux fois plus que le nombre des propriétaires.

Les dangers de cette tendance sont manifestes. Au point de vue agricole, c'est un obstacle à des procédés de culture perfectionnés[1]. Mille sentes deviennent nécessaires : autant de terrain perdu pour la production. Et que de temps perdu aussi pour le cultivateur obligé de se transporter sans cesse sur des parcelles disséminées, souvent à de longues distances! Au point de vue administratif, l'assiette de l'impôt se complique à tel point qu'il pourra être compromis. Comment pourra-t-il s'établir d'une manière fixe et certaine sur un sol pulvérisé?

[1] « Non-seulement les parcelles ne se prêtent pas à l'emploi rationnel des eaux ni à l'intervention des machines opérant avec économie les labours, les semailles, les sarclages et les récoltes, mais elles rendent ces mêmes perfectionnements impossibles sur une étendue considérable de terres enclavantes. » (Le Play, *Réforme sociale*, I, 401.)

Digitized by Google

Au point de vue judiciaire, quelle confusion se produira avec le temps! Il n'est pas possible que les transmissions de si petits biens s'opèrent régulièrement : quelle source de procès dans l'avenir! Et dès maintenant que de difficultés de bornage, de voisinage! Ceux qui auront réfléchi à tout cela seront sans doute conduits à reconnaître que cette tendance excessive au morcellement doit être contenue par des mesures sagement restrictives, et ils ne trouveront pas trop radical un vœu émis dans les *Observations* que nous analysons. La liberté des contractants ne peut pas être enchaînée quand il s'agit d'un partage volontaire; mais c'est à la loi qu'il appartient de régler le partage judiciaire. L'article 824 du Code Napoléon veut qu'on apprécie préalablement si l'immeuble à partager comporte une division. Pourquoi ne déclarerait-on pas par une disposition additionnelle qu'une parcelle n'est pas divisible lorsque son étendue est inférieure à 10 ares? Le mal signalé a déjà ému le législateur. Par des allégements de droits fiscaux, on a encouragé les réunions de parcelles. Le remède est bon, mais insuffisant; il faut aller à la racine du mal pour en prévenir le développement. En applaudissant à l'idée de l'innovation demandée, nous y mettrions seulement un correctif; nous voudrions laisser aux tribunaux le pouvoir d'autoriser par exception le partage en nature lorsqu'il se trouverait justifié par des circonstances toutes particulières. En attendant que le législateur intervienne, c'est aux tribunaux à devancer son œuvre par un exercice intelligent du pouvoir qui leur appartient d'ordonner la licitation lorsque le partage en nature ne pourrait se faire *commodément* (art. 824). Cette question *de commodo et incommodo* est susceptible d'être envisagée à bien des points de vue : celui-ci a une gravité incontestable.

Quelques mesures qu'on prenne, il y aura toujours une foule considérable de petits biens dont la vente ne peut supporter de grands frais.

L'intervention de la justice est cependant nécessaire lorsqu'il y a des absents ou des incapables. Notre droit, depuis des siècles, a placé leurs intérêts sous la protection de la justice. Il serait étrange qu'on leur retirât cette garantie ou qu'on l'affaiblît à une époque où la législation montre plus que jamais sa sollicitude pour les faibles. Ce serait une loi bien illogique que celle qui, pour épargner quelques frais aux absents

Digitized by Google

et aux incapables, livrerait leurs intérêts aux calculs de la cupidité. Or la vente faite sous la direction et l'œil de la justice peut seule efficacement déjouer ces calculs. Ce n'est pas sans raison que les *Observations* reprochent au projet d'énerver cette garantie en diminuant l'intervention de la justice et en substituant aux décisions d'un tribunal les ordonnances sommaires d'un juge unique.

Mais comment concilier l'intervention sérieuse de la justice avec la valeur minime des biens mis en vente?

L'allégement des frais n'est possible que par deux moyens : 1° l'abandon par le Trésor d'une partie de ses droits de timbre et d'enregistrement; 2° une réduction des salaires attribués aux agents de la loi. Nous croyons que ces deux mesures doivent concourir, et nous sommes plus à l'aise que les officiers intéressés pour demander que l'État prenne sa part des sacrifices qu'il veut leur imposer. L'État ne montrerait pas d'une manière digne de lui sa sollicitude pour la petite propriété s'il ne voulait alléger ses charges qu'aux dépens des agents de la loi, et sans contribuer lui-même à cet allégement. Mais ce que l'État sacrifie d'un côté il a besoin de le retrouver de l'autre. On sera conduit à reporter sur la grande propriété la partie du fardeau dont la petite aura été déchargée. La justice de ce procédé fera reconnaître qu'il est juste aussi que la rémunération des agents de la loi soit augmentée pour les ventes importantes proportionnellement à la réduction qu'on leur aura fait subir pour les petites.

La réduction des droits fiscaux et des salaires de l'avoué dans les petites ventes peut être organisée de deux manières qui sont proposées alternativement dans les observations présentées au Conseil d'État. On pourrait autoriser le tribunal à déterminer préalablement si la valeur présumée de l'immeuble mis en vente rend la réduction applicable. Mais que de fois le résultat viendrait démentir les prévisions! Il vaudrait mieux que tout demeurât en suspens jusqu'à l'adjudication, les perceptions fiscales se faisant jusque-là *en debet*.

Entre ces deux systèmes on peut choisir, quoique pour nous le choix ne soit pas douteux. Mais on ne saurait s'arrêter au système adopté dans le projet de loi. Il fixe à une valeur présumée de 5,000 francs la limite qui séparera les deux classes de ventes inégalement traitées, et il prend pour signe

Digitized by Google

de cette valeur un chiffre de 10 francs de principal à la contribution foncière. Tout le monde sait combien il s'en faut que le même chiffre d'impôt représente partout le même revenu; et l'on sait aussi combien varie, selon les lieux, le prix des immeubles comparé avec leur revenu. Les exemples cités dans les *Observations* montrent un écart auquel on ne croirait pas si des chiffres précis n'étaient cités : des immeubles imposés à 10 francs ne se vendent en tel lieu que 1,000 francs, tandis que dans tel autre lieu ils ont pu se vendre jusqu'à 200,000 fr. Ce chiffre de 10 francs de contribution est donc bien à tort adopté dans le projet comme répondant en moyenne à une valeur vénale de 5,000 francs.

Quant à l'adoption, dans le projet, de ce chiffre de 5,000 fr. comme limite des deux classes de vente, elle est fort arbitraire, et nous n'apercevons dans la législation aucune analogie qui ait pu la conseiller. Le chiffre de 2,000 francs, que les *Observations* énoncent en passant comme exemple, serait peut-être préférable : il s'appuie d'un argument que fournit l'article 11 du tarif du 10 octobre 1841, § 7.

Mais ce qui dans le projet nous choque surtout, c'est la tendance qu'il montre à soustraire les petites ventes aux avoués pour les attribuer aux notaires. Nos Codes ont autorisé la justice à renvoyer la vente par-devant notaire lorsque les circonstances conseillent ce procédé. Les *Observations* font voir clairement que le projet n'irait à rien moins qu'à donner toutes les ventes judiciaires aux notaires; en sorte que ce qui n'avait été jusqu'ici que l'exception deviendrait d'après le projet la règle commune. Pourquoi retirerait-on à la justice le pouvoir dont elle a joui jusqu'ici d'apprécier ce qu'il convient de faire? On a allégué que certains tribunaux du Nord et du Midi se refusent systématiquement à renvoyer les ventes devant notaire. Mais on ne voit pas que ces tribunaux aient été appelés à faire connaître leurs raisons. Le respect que notre magistrature inspire doit porter à croire que ces tribunaux n'ont pas cru trahir les intérêts de leurs justiciables. Le projet suppose que la vente renvoyée devant notaire sera plus économique. On s'est peut-être fait des illusions à cet égard. C'est, après tout, une question de tarif qu'il appartient à la loi de régler. Mais il y a d'autre part des considérations très-graves qui peuvent souvent rendre préférable une vente à la barre

Digitized by Google

de la justice. La vente sur les lieux peut être dominée par une influence locale. Il est en certains lieux admis qu'entre voisins on ne doit pas se faire la guerre. Ailleurs un esprit opposé anime les populations. « Des voisins s'empressent d'enchérir à tout prix, non-seulement pour nuire à l'acquéreur désigné par la nature des biens, mais encore avec l'espoir de le rançonner en lui cédant l'acquisition [1]. » La vente à la barre de justice, où les enchérisseurs masqués par l'avoué ne sont pas connus, laisse bien moins de place à ces influences, à ces concerts et à ces calculs.

L'intervention de la justice dans les partages qui intéressent des absents ou des incapables étant reconnue nécessaire, la logique fait des avoués les ministres de ces ventes. Aux avoués en effet le domaine judiciaire, aux notaires le domaine amiable : voilà le principe. Il ne doit fléchir que si des circonstances particulières le demandent.

Un sentiment de justice se révolte en nous contre de tels déplacements d'attributions. Retirer à une classe d'officiers ministériels les attributions dont elle jouissait pour en gratifier une autre qui n'a pu y compter, donner à ceux-ci cette aubaine au prix d'une souffrance imposée à ceux-là, c'est une mesure qui ne pourrait être justifiée que par des raisons bien puissantes, par l'intérêt considérable et évident du public. Or rien de semblable n'existe ici. Le corps des avoués de première instance a déjà été trop éprouvé pour qu'on lui fasse encore sans cause bien sérieuse cette nouvelle blessure. A moins qu'on ne veuille réaliser l'idée émise, il y a quelque temps, par l'auteur d'un livre sur la réforme de notre procédure : il conseillait de réduire systématiquement le revenu des offices, en sorte qu'on pût après les avoir ainsi dépréciés les racheter plus tard à vil prix. Un tel procédé ne serait autre chose qu'une confiscation sans franchise comme sans loyauté. C'est déjà trop qu'une telle idée ait pu être proposée. La haute équité qui inspire le Conseil d'État doit pleinement rassurer les avoués. En saisissant la Commission qui a préparé le projet de loi, M. le garde des sceaux proclamait qu'il y avait à concilier des intérêts divers qui méritaient protection. Le Conseil d'État saura, mieux que la commission, tenir la ba-

[1] Le Play, *Réforme sociale*, I, p. 401.

Digitized by Google

lance égale. Il serait singulier que, par sollicitude pour la petite propriété foncière, on sacrifiât sans merci un autre genre de propriété respectable aussi puisqu'il s'est fondé sous la foi publique. L. M. DE VALROGER.

ACTION CIVILE CONTRE LES MAGISTRATS.

LORSQUE LE PROCUREUR GÉNÉRAL, STATUANT A L'ÉGARD D'UNE PLAINTE PORTÉE CONTRE UN MAGISTRAT, DÉCIDE QU'IL N'Y A LIEU A POURSUITES CORRECTIONNELLES, LE PLAIGNANT PEUT-IL, MALGRÉ CETTE DÉCISION, SAISIR LES TRIBUNAUX DE L'ACTION CIVILE QUI NAÎT DU DÉLIT DÉNONCÉ?

Par M. V. CARDOT, substitut du procureur impérial à Dijon.

Quand un juge, un procureur impérial, un juge de paix ou son suppléant est inculpé d'un délit, la première chambre de la Cour est seule compétente pour juger et le procureur général seul a qualité pour exercer l'action publique.

« Cette exception au droit commun, dit Legraverend [1], a pour « cause la position particulière des inculpés et pour but d'as- « surer l'efficacité de l'action de la justice en sauvegardant la « dignité de la magistrature. »

« Dans tous les temps, dit Carnot [2], on a reconnu la néces- « sité de donner une garantie aux magistrats, et c'est cette « garantie que le Code d'instruction criminelle a organisée. »

« L'article 479 du Code d'instruction criminelle, dit la Cour « de cassation dans un arrêt du 20 mai 1826 [3], a eu un double « motif : l'un de garantir les magistrats de procédures vexa- « toires auxquelles ils pourraient être exposés par suite des « inimitiés que leurs fonctions leur attiraient; l'autre d'empê- « cher que le crédit qu'ils pourraient avoir ne leur procurât une « impunité scandaleuse. »

« S'il s'agit d'un simple délit commis dans l'exercice des

[1] T. I, p. 471.
[2] T. III, p. 357, chap. 3.
[3] Cass., 20 mai 1826; Sirey, 27, 1, 164.

Digitized by Google

« fonctions, est-il dit dans l'exposé des motifs de cette partie « du Code d'instruction criminelle, le droit de discipline natu- « rellement dévolu au supérieur sur l'inférieur devient ici attri- « butif de juridiction; et s'il est question d'un délit commis « hors les fonctions, l'ordre public réclame encore cette attri- « bution, surtout si l'inculpation est dirigée contre un magis- « trat, membre d'un tribunal de première instance ou de police « correctionnelle; car s'il avait son propre tribunal pour juge, « ne devrait-on point redouter une trop excessive indulgence « ou une trop grande rigueur? Dans une telle conjoncture, et « même lorsqu'il s'agit d'un délit imputé à un juge de paix, il « est bon que les dispensateurs de la justice soient pris dans « un ordre plus élevé et parmi des hommes assez forts pour « rassurer la société contre l'impunité de certains fonction- « naires et pour protéger ceux-ci contre d'injustes poursuites. « Cette double garantie se trouve dans la compétence donnée « aux Cours impériales pour connaître immédiatement des « délits de police correctionnelle commis par les juges de pre- « mière instance et de paix, dans leurs fonctions ou en dehors; « point d'impunité, point de vexation : voilà le but qu'on atteindra par une mesure qui tend d'ailleurs à investir les Cours « d'une plus grande considération et à établir dans la hié- « rarchie judiciaire un ressort qui lui manque aujourd'hui. »

Ces raisons, qui, de l'avis de tous [1], ont seules inspiré le législateur de 1808 et par suite font connaître l'esprit de la loi, s'appliquent aussi bien à l'action civile qu'à l'action publique. En ce qui regarde la première comme en ce qui regarde la seconde, la position particulière des inculpés et les inimitiés possibles sont les mêmes; dans un cas comme dans l'autre, il est nécessaire d'*assurer l'efficacité de l'action de la justice en sauvegardant la dignité de la magistrature.*

L'action civile est donc, comme l'action publique, régie par les articles 479 et suivants du Code d'instruction criminelle, et par suite, contrairement à ce qui a lieu ordinairement, elle ne saurait être exercée séparément et arbitrairement, sans contrôle ni garanties, devant les tribunaux civils ordinaires [2].

[1] Faustin-Hélie, *Instruction criminelle*, t. VII, p. 538 et 576.

[2] Le procureur général ne refusera pas de poursuivre si la plainte est fondée, et, si elle ne l'est pas, il serait regrettable que des poursuites fussent possibles.

Digitized by Google

Décider autrement serait admettre les conséquences suivantes, qui pourtant sont inacceptables :

Aux termes du cinquième alinéa de l'article 5 de la loi du 25 mai 1838, les juges de paix connaissent sans appel jusqu'à la valeur de 100 francs, et, à charge d'appel, à quelque valeur que la demande puisse s'élever, des actions civiles pour diffamation verbale et pour injures publiques ou non publiques, verbales ou par écrit, autrement que par la voie de la presse. Par suite, et avec l'opinion contraire à celle que je défends, il suffira qu'un plaideur ou un justiciable impute à un procureur impérial, à un juge ou à un président de tribunal, un propos diffamatoire, ou prétendu tel, tenu dans la rue, au palais, même à l'audience et dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des fonctions du magistrat poursuivi, pour qu'un simple juge de paix devienne le juge de ceux qui, dans l'ordre judiciaire et le même ressort, sont ses supérieurs hiérarchiques; lui-même, dans les mêmes cas, sera jugé par son suppléant. L'article 23 de la loi du 17 mai 1819 ne sera pas un obstacle à la poursuite même pour l'hypothèse qu'il prévoit, au moins en ce qui regarde l'action des tiers [1].

Les premiers présidents, présidents de chambre, conseillers, procureurs et avocats généraux ne peuvent, quand il s'agit de l'action publique, être poursuivis qu'après envoi des pièces au ministre de la justice, transmission de ces pièces à la Cour de cassation et renvoi de l'affaire devant une Cour impériale d'un autre ressort et seulement *s'il y a lieu* [2]. Toutes ces garanties disparaîtront pour le cas où il s'agira de l'action civile, et ces magistrats deviendront, dans leur propre ressort, les justiciables de leurs juges de paix.

Pour les autres délits, et par exemple si un procureur impérial ou un président a, pour obéir aux prescriptions des circulaires, aux inspirations de sa conscience et aux règles du devoir, signalé des abus commis par des officiers ministériels, ceux-ci pourront le poursuivre pour dénonciation

[1] Req. 9 décembre 1863, et la note; Devill., 1864, 1, 94.

[2] Art. 481 et 482 du Code d'instruction criminelle. — Loi du 20 avril 1810, art. 10. — Cass. 2 mai 1818, 26 avril 1821, 21 janvier 1841 et 13 octobre 1842.

Et, pour le cas de délit commis relativement aux fonctions, loi du 27 ventôse an VIII, art. 80 et suiv.

Digitized by Google

calomnieuse devant la compagnie dont il est membre, dans la ville où il exerce ses fonctions et où sa considération doit rester inattaquable et inattaquée.

Les premiers présidents et procureurs généraux seront dans le même cas et deviendront les justiciables de leurs substituts ou des tribunaux dont ils réforment les décisions.

En matière d'instruction criminelle, les procureurs impériaux et les juges d'instruction seront exposés à être poursuivis par ceux dont ils auront requis ou ordonné l'emprisonnement préventif ou chez lesquels des perquisitions auront eu lieu. Dans un cas, ils seront présentés comme coupables de détention arbitraire [1], dans l'autre, de violation de domicile, et la compagnie dont ils sont membres les jugera sur ces inculpations.

Leur fonction elle-même ne les protégera pas, car l'article 75 de la constitution de l'an VIII, qui ne distingue pas entre l'action civile et l'action publique [2], ne leur est pas applicable, et les articles 479 à 504 du Code d'instruction criminelle sont relatifs même au cas où les délits qui leur sont imputés ont eu lieu dans l'exercice de leurs fonctions.

La loi aura réduit à un très-petit nombre les cas de prises à partie, organisé pour cet objet une procédure périlleuse pour les demandeurs, mais protectrice pour les magistrats. Ces précautions et ces garanties deviendront inutiles toutes les fois qu'il sera possible de leur imputer un délit correctionnel, et cette possibilité n'aura d'autre limite que le libre arbitre des plaideurs et d'autre danger que celui d'une demande reconventionnelle de dommages-intérêts par un magistrat au regard duquel ce moyen sera considéré comme peu digne des fonctions qu'il exerce.

[1] Peu importe qu'il y ait crime. Les garanties données aux magistrats et aux justiciables étant plus grandes que lorsqu'il s'agit d'un simple délit, l'action civile ne saurait être plus libre dans un cas que dans l'autre.

[2] Faustin-Hélie, *Instruction criminelle*, t. III, p. 497.

Cass. 7 mars 1864, Devill., 64, 1, 141.

Comment ! les fonctionnaires de l'ordre administratif sont protégés même en ce qui regarde l'action civile, et ceux de l'ordre judiciaire qui jouissent, même pour les délits commis hors de l'exercice de leurs fonctions, de garanties que les premiers n'ont pas, seraient exposés à être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, par des plaideurs ou des justiciables mécontents ou irrités !

Digitized by Google

Tout cela n'est pas possible. Si la loi était ainsi faite, il faudrait la modifier. Heureusement il n'en est rien, et son texte ne résiste pas à l'interprétation que commande son esprit.

Cette interprétation paraît avoir été implicitement admise par la Cour de cassation dans les arrêts par lesquels elle décide que les parties lésées par les délits des magistrats n'ont pas le droit de saisir la première chambre de la Cour de l'action publique naissant de ces délits. Loin de reconnaître en effet, comme plus tard la Cour de Besançon [1], que leur ressource était de porter leurs actions civiles devant les tribunaux ordinaires, ces arrêts ont énoncé que leur garantie résidait dans le pouvoir que l'article 11 de la loi du 20 avril 1810 attribue aux Cours impériales d'enjoindre au procureur général de poursuivre à raison des délits qui leur sont dénoncés [2].

La voie semble tracée par ces précédents, et bientôt, je l'espère, la Cour de cassation consacrera par un arrêt une opinion qu'a adoptée la Cour de Paris dans un arrêt du 31 janvier 1860 [3], analysé dans les termes suivants par M. le procureur général Merville :

« Cet arrêt décide que le particulier qui croit avoir à se « plaindre d'un délit commis à son égard par un officier de « police judiciaire dans l'exercice de ses fonctions ne peut, « nonobstant l'article 3, deuxième alinéa, du Code d'instruc- « tion criminelle, saisir les tribunaux civils d'une action en « dommages-intérêts pour réparation de ce délit.

« La raison en est que, d'après l'article 483 du même Code, « ces fonctionnaires et plusieurs autres de l'ordre judiciaire, « s'ils sont prévenus d'avoir commis quelque délit dans l'exer- « cice de leurs fonctions, doivent être jugés par la Cour impé- « riale, sur la citation que leur fait donner le procureur géné- « ral du ressort.

« De cette compétence rapprochée de cette procédure, la « Cour de Paris tire une double conclusion. La compétence « de la Cour impériale garantit au prévenu une juridiction plus « élevée; la procédure organisée pour l'y traduire le protége

[1] Besançon, 13 décembre 1854; Devill., 55, 2, 183.

[2] Cass. 4 octobre 1817, 24 septembre 1819, 15 juin 1832, et surtout Rej. 6 octobre 1837; Sirey, 38, 1, 79.

[3] *Gazette des tribunaux*, numéro du 1er février 1860.

Digitized by Google

« contre des plaintes inconsidérées, en soumettant ces plaintes « à l'appréciation du procureur général. Or l'un et l'autre but, « et principalement le dernier, seraient complétement man- « qués si, séparant l'action civile de l'action criminelle, le « plaignant pouvait, de sa propre autorité, traduire devant les « tribunaux civils le magistrat par le délit duquel il se prétend « lésé. Le défendeur serait à la fois privé de son *juge naturel* « et de l'appui qu'il trouvera dans l'examen préalable du chef « du ministère public, contre une agression téméraire, inspirée « peut-être par la vengeance ou la mauvaise foi [1]. »

V. CARDOT.

DISTINCTION DES SERVITUDES PRÉDIALES EN DROIT ROMAIN,

Par M. E. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite* [2].)

56. *Extinction des servitudes.* — Nous avons déjà fait observer que, sous ce point de vue, les servitudes prédiales n'obéissaient pas toutes uniformément à la même règle. Quelquefois, en effet, le simple non-usage suffisait à éteindre la servitude, de telle sorte que le propriétaire du fonds servant n'avait rien à faire pour reconquérir la liberté de son héritage; la négligence du propriétaire du fonds dominant, prolongée pendant le délai voulu, mettait à néant le droit qui périssait faute de s'être exercé. Ce délai assez bref, conformément aux principes de l'ancienne usucapion en matière immobilière, resta circonscrit à deux années, jusqu'à ce que Justinien, en 531, par la loi 13, C., *De servit. et aq.*, y substitua le délai de dix ans entre présents, et vingt ans entre absents. Il y avait des cas, au contraire, où la servitude subsistait, bien qu'il n'en eût été tiré aucun parti pendant deux années. Le non-usage restait inoffensif; on exigeait qu'il y eût ce qu'on appelait

[1] *Revue pratique*, t. IX, p. 281.
[2] V. *Revue*, t. XXIX, p. 248 et 518.

Digitized by Google

usucapio libertatis. Il fallait que le propriétaire du fonds servant, se révoltant en quelque sorte contre la servitude, fît un acte destiné à en empêcher désormais l'exercice; et la libération n'était acquise qu'autant que le nouvel état de choses résultant de cette entreprise s'était maintenu jusqu'au moment où expirait le délai de l'usucapion [1].

57. Cette distinction a évidemment inspiré notre législateur quand il a écrit l'article 707, dans lequel se trouve réglée différemment l'extinction par le non-usage des servitudes, suivant qu'elles sont discontinues ou continues. En droit romain, où la seule division des servitudes positivement reconnue est celle qui les classe en rurales ou urbaines, ne doit-on pas dire que c'est à propos de cette division qu'il y a lieu de faire fonctionner tantôt le non *usus*, tantôt l'*usucapio libertatis?* Il ne faut pas se dissimuler que c'est là surtout qu'apparaît le véritable intérêt de la détermination du caractère d'une servitude prédiale. La question avait surtout une grande importance tant

[1] Le double délai (dix ou vingt ans) appliqué alternativement dans la *præscriptio longi temporis*, suivant qu'il y avait présence ou absence, se conçoit-il bien quand il s'agit de l'extinction des servitudes *tempore?* On sait qu'en droit romain le délai de vingt ans était nécessaire, non pas quand l'intéressé au détriment duquel s'accomplissait la *præscriptio* était éloigné de l'immeuble, mais bien quand son domicile était distant de celui du possesseur, ce qui justifie l'exactitude des expressions usitées : *decennium inter præsentes, vicennium inter absentes.* Pour empêcher la perte de son droit, il fallait engager un débat avec le prétendant à la *præscriptio*, c'est-à-dire obtenir contre lui une action au moyen d'une *vocatio in jus*, chose plus difficile à réaliser, lorsqu'il y avait nécessité d'aller chercher au loin l'adversaire qu'on devait amener devant le magistrat. Quelque exagération qu'il y ait dans la concession d'un délai de dix ans pour nouer une instance avec un individu qui n'habite pas la même province que le demandeur, la distinction se justifie jusqu'à un certain point. On comprend, par voie d'analogie, qu'un délai plus long soit accordé quand le propriétaire du fonds dominant se trouve en face d'une *usucapio libertatis.* Il faut ici déranger l'état de possession que s'est arrogé l'adversaire, et la voie de l'action en justice sera le moyen le plus régulier d'atteindre ce but. Mais, dans le cas où le droit s'éteint par l'effet seul de l'inaction où il est resté, quelle raison y a-t-il de relever de sa négligence prolongée pendant dix ans le propriétaire du fonds dominant, si par hasard celui qui a bénéficié de cette inertie, et qui pour en bénéficier n'a eu rien à faire, se trouve être domicilié en dehors de la province? Afin de conserver son droit, le titulaire n'avait pas besoin de recourir à une instance. En fait, il n'y a jamais eu obstacle apporté à l'exercice de la servitude : il suffisait, pour la sauver, de la faire vivre, de mettre fin à l'état de léthargie.

Digitized by Google

qu'a été en vigueur le délai si court du *biennium*, supprimé seulement sous Justinien [1]. Une servitude sujette à s'éteindre à raison du simple non-usage était un peu précaire; l'inaction gardée par ceux qui possédaient pour le propriétaire du fonds dominant devenait promptement fatale, et pouvait facilement rester inaperçue. Le danger était bien moins grand là où était exigée l'*usucapio libertatis;* les entreprises nécessaires pour ouvrir le cours de l'usucapion éveillaient l'attention de celui qui était menacé de la perte de son droit, ou du moins excitaient la vigilance de ses représentants. Si par hasard le titulaire de la servitude était dans l'ignorance de son droit, il se trouvait dépouillé assez peu justement, dans le cas où la servitude était de telle nature qu'elle dût périr uniquement faute d'avoir donné signe de vie. La loi 19, § 1, D., *Quemad. servit. amitt.*, décide que le légataire d'une *via* (il faut sous-entendre un legs *per vindicationem*), qui postérieurement à l'adition d'hérédité serait resté *per constitutum tempus* sans connaître le legs, et par conséquent sans user de la *via*, a-encouru la perte de la servitude. Supposez, au contraire, que l'*usucapio libertatis* eût été nécessaire pour l'extinction de la *via*, l'ignorance du légataire aurait été inoffensive; l'héritier n'aurait pu reconquérir la possession de la liberté du fonds héréditaire, puisqu'il n'y aurait jamais eu possession de la servitude par suite de l'ignorance du légataire [2].

58. Interrogeons maintenant les textes qui mettent en application tantôt le *non usus*, tantôt l'*usucapio libertatis*. Paul,

[1] Il est vraisemblable que dans les provinces, où l'usucapion n'était pas applicable, la libération des servitudes fut toujours soumise à l'observation des délais constituant le *longum tempus*.

[2] Il y a un point sur lequel, pour la conservation du droit menacé de périr, la condition sera un peu meilleure dans l'hypothèse du *non usus* que dans celle de l'*usucapio*. Quand il s'agit de non-usage, c'est le temps seul qui anéantit le droit; mais la mesure du temps doit être complète pour qu'il ait la puissance d'agir. Il faut suivre ici la règle de la prescription extinctive des actions, d'après laquelle le dernier jour pouvait être utilement employé par le titulaire du droit pour conjurer le préjudice imminent (V. L. 6, D., *De oblig. et act.*). En matière d'usucapion, les Romains admettaient qu'elle se trouvait accomplie, dès que le dernier jour était commencé (V. L. 15, pr., D., *De div. temp. præscr.*), de telle sorte que l'action confessoire eût été vainement intentée ce jour-là.

Digitized by Google

dans ses *Sententiæ*, liv. I, tit. 17, § 1, mentionne la règle de l'extinction par le non-usage à l'occasion des droits de passage et du droit d'aqueduc : on sait que quand il s'agit d'énumérer les servitudes rustiques, ce sont celles-là qui figurent toujours en première ligne. Voici comment s'exprime le jurisconsulte : « *Viam, iter, actum, aquæductum, qui biennio* « *usus non est amisisse videtur : nec enim ea usucapi possunt,* « *quæ non utendo amittuntur.* » Les servitudes en question s'éteignant par le simple non-usage, il n'est pas nécessaire que le propriétaire du fonds servant prenne le rôle actif d'un usucapant, qu'il fasse obstacle à l'exercice de la servitude pour se constituer en possession de la liberté de son héritage. Le § 2 du même titre nous autorise à placer sous le même régime la servitude de puisage, ce qui ne saurait être douteux; Paul ajoute : « *Servitus hauriendæ aquæ vel ducendæ biennio omissa* « *intercidit, et biennio usurpata recipitur*[1]. » On trouve dans les Pandectes, notamment au titre : *Quemad. servit. amitt.* (VIII, 6),

[1] Ces dernières expressions doivent-elles être entendues de cette façon, que là où il aurait existé d'abord une servitude susceptible de s'éteindre par le non-usage, l'usucapion serait admise, après la perte accomplie, à l'effet de faire revivre la servitude? Tel est le sens que donne au langage de Paul notre savant collègue, M. Demangeat, *Cours élémentaire*, t. I, p. 497. Bien que cette interprétation soit quelque peu favorisée par la signification la plus habituelle du mot *recipere*, nous croyons devoir la rejeter, parce qu'elle ne peut se concilier avec la disposition de la loi Scribonia, qui avait supprimé le jeu de l'usucapion comme moyen de constituer les servitudes. Le jurisconsulte nous paraît avoir voulu seulement dire que des actes d'exercice de la servitude, accomplis avant l'expiration du *biennium*, en assureront la conservation. L'*usurpatio* était pour les Romains l'interruption de l'usucapion, L. 2, D., *De usurp.* Quoiqu'il n'y eût pas ici usucapion proprement dite de la part du propriétaire du fonds servant, il était habituel d'employer le mot *usurpare* pour désigner l'effet utile, au point de vue du maintien du droit, résultant de l'usage de la servitude (V. les lois 6, § 1; L. 8, § 1; L. 9, L. 16, D., *Quemad. servit. amitt.*). Tant que le *biennium* n'était pas complétement écoulé, il suffisait que la servitude fût exercée, fût-ce le dernier jour du terme, pour conjurer l'extinction qui était imminente; il n'est pas étonnant qu'on dise de celui qui était sur le point de perdre son droit, et qui s'est comporté de manière à le sauver, *recepit servitutem.* L'*usurpatio* ne se comprend qu'autant que la libération n'est pas acquise; une fois que le droit a disparu, il n'y a plus d'*usurpatio* possible. Notre opinion est partagée par M. de Vangerow (*Lerhb. der Pandeck*, t. I, § 351), qui cite dans le même sens Unterholzner; elle est aussi admise par Puchta (*Curs. der Instit.*, t. I, § 257, note *w*), qui regarde en outre comme possible une troisième interprétation.

Digitized by Google

différents fragments où il est question du *non usus*, relativement aux servitudes de passage et à la servitude d'aqueduc.

59. Indépendamment de ces textes qui nous signalent les principales servitudes rustiques comme assujetties à l'extinction par le non-usage, il existe un texte fondamental en cette matière, dans lequel Gaïus fait ressortir assez nettement que sur ce point les servitudes urbaines trancheraient avec les servitudes rurales; et il est indubitable que la distinction est présentée avec cette portée que le non-usage serait la règle pour l'ensemble des servitudes rurales, tandis qu'à l'égard des servitudes urbaines la libération paraîtrait ne pouvoir être acquise qu'autant que le propriétaire du fonds servant aurait fait des actes ayant pour but de le mettre en possession de la liberté de son héritage. Nous voulons faire allusion à la loi 6, D., *De serv. præd. urb.*, ainsi conçue :

« *Hæc autem jura similiter, ut rusticorum quoque prædio-*
« *rum, certo tempore non utendo pereunt : nisi quod hæc dissi-*
« *militudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita,*
« *si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si ædes tuæ*
« *ædibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum*
« *ædium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas*
« *perfixas habuero, vel obstruxero : ita demum jus meum*
« *amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altius sublatas habueris;*
« *alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni*
« *immissi ædes tuæ servitutem debeant, et ego exemero tignum,*
« *ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum*
« *est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habue-*
« *ris : alioquin, si nihil novi feceris, integrum jus suum per-*
« *manet.* »

60. On ne peut nier que la doctrine exposée par Gaius ne soit formulée comme signalant une différence (*dissimilitudo*) entre les *jura prædiorum rusticorum* d'une part, et les *jura prædiorum urbanorum* de l'autre. Les termes sont tels qu'on semble bien être autorisé à en conclure que la pensée du jurisconsulte est d'établir une antithèse entre les deux classes de servitudes, d'exprimer une distinction générale de façon à indiquer que le non-usage suffit toutes les fois qu'il s'agit d'une servitude rurale, tandis que l'*usucapio libertatis* est indispensable par cela seul que la servitude était urbaine. Dès lors, dira-t-on, comment faire marcher avec la théorie de Gaius le

Digitized by Google

système qui admet pour la même servitude, suivant la nature du fonds dominant, tantôt le caractère urbain, tantôt le caractère rural? Un droit de passage a été constitué pour accéder à des bâtiments, ou un droit d'aqueduc pour fournir de l'eau aux habitants d'une maison, la servitude sera-t-elle traitée, quant au mode d'extinction, comme urbaine, et l'*usucapio libertatis* sera-t-elle nécessaire, ou devra-t-on, néanmoins, l'assujettir à s'éteindre par le simple non-usage? Si l'on opte pour cette dernière solution, n'est-ce pas en réalité annihiler la distinction, qui n'aura plus de valeur sérieuse, puisque une servitude urbaine obéira aux règles des servitudes rurales? Si l'on se décide, au contraire, à suivre le premier parti, sera-t-il possible de rendre compte de cette bizarrerie qu'il faut imputer à la législation romaine, où l'on verrait une servitude qui est toujours la même, qui consiste toujours dans la faculté de faire des actes identiques, être régie différemment à raison d'une circonstance qui n'influe en rien sur sa nature intime?

61. Pour résoudre cette difficulté, le seul procédé raisonnable, croyons-nous, consiste à se demander pourquoi, relativement à l'extinction par le non-usage, toutes les servitudes prédiales n'étaient pas traitées de la même façon. Précédemment, à l'occasion de l'admission ou du rejet de la mancipation comme moyen d'établir les servitudes, nous avons constaté que, aux yeux des anciens Romains, les servitudes n'avaient paru mériter d'être mises au rang des *res mancipi* qu'autant qu'elles étaient créées dans un intérêt agricole, dans le but d'améliorer un *prædium rusticum*. Nous en avons conclu (voir n° 46) qu'un droit de passage ou un droit d'aqueduc, constitués en vue de doter d'une qualité avantageuse un *prædium urbanum*, ne se prêtaient pas à la mancipation. En ce qui concerne la perte des servitudes *tempore*, la nécessité de l'*usucapio libertatis* par opposition au *non usus*, tenait-elle exclusivement à la nature du fonds dominant, de telle sorte que pour un *jus prædii rustici* la même nécessité n'existât jamais? Nous devrions dire que toute servitude urbaine était assujettie à l'*usucapio libertatis*, et qu'aucune servitude rustique ne pouvait prétendre à cette faveur. Si, au contraire, le caractère général des *jura prædiorum urbanorum* étant de présenter les éléments par lesquels se justifie l'exigence de l'*usucapio*

Digitized by Google

libertatis, exceptionnellement cependant il y a tel *jus prædii urbani* pour lequel les motifs de cette exigence font défaut; si, en même temps, les *jura prædiorum rusticorum* sont habituellement étrangers aux raisons qui entraînent l'application de l'usucapion, mais qu'accidentellement il en puisse être autrement, nous n'hésiterons pas à adopter la formule suivante. La règle ordinaire, dirons-nous, est bien que les *jura prædiorum urbanorum* veulent l'*usucapio libertatis* et que les *jura prædiorum rusticorum* se contentent du *non usus*. Toutefois une double dérogation est possible en ce sens que, dans des hypothèses rares, un *jus prædii urbani* sera susceptible de s'éteindre *solo non usu*, et réciproquement un *jus prædii rustici* ne périra que par l'*usucapio libertatis*. Sans doute, en principe, chacune des deux institutions fonctionnait comme correspondant à l'une ou à l'autre des deux classes de servitudes; seulement il n'y avait pas là une vérité absolue. Dans la pratique des affaires, l'application de l'usucapion ou du non-usage se décidait presque toujours par la qualité urbaine ou rustique de la servitude, qualité entendue comme elle doit l'être suivant nous, d'après la terminologie adoptée par les Romains. On s'explique que, dès lors, il fût reçu de dire, puisque c'était là ce qui était le plus commun : les servitudes *urbaines* s'éteignent grâce à l'usucapion de la liberté; les servitudes *rustiques* s'éteignent par le simple non-usage. On ne prenait pas la peine de noter les exceptions, peu fréquentes d'ailleurs; mais elles étaient commandées par la logique, par la force des choses.

62. Ce n'est pas arbitrairement, en effet, que la jurisprudence romaine avait établi une distinction entre les servitudes quant à leur mode d'extinction par le non-usage. Si tantôt le droit périssait par cela seul qu'il n'avait pas été exercé durant un certain temps, si tantôt il fallait qu'il eût été fait *aliquid novi* pour marquer le point de départ du délai fatal, cela tenait à une observation exacte de la physionomie différente sous laquelle peut se présenter une servitude. Aussi la doctrine romaine a-t-elle été recueillie par notre législateur, qui a eu le mérite de perfectionner cette doctrine et de lui donner une assiette plus précise. Il est incontestable que l'affranchissement des héritages assujettis est vu d'un bon œil; on a voulu favoriser cet affranchissement, et on a admis qu'il serait acquis quand l'état de liberté aurait subsisté d'une façon pro-

Digitized by Google

longée. Nous laissons de côté la question de mesure de temps; en droit romain, on s'est contenté jusqu'à Justinien du laps de deux années; depuis Justinien il a fallu dix ou vingt ans (alternative qui nous a paru susceptible de critique); notre législateur est revenu à un délai unique, qu'il a cru devoir porter jusqu'à trente ans. En réalité, ce qui est pris en considération c'est toujours l'état de liberté qui, s'étant maintenu suffisamment, est protégé désormais contre un retour à l'ancienne situation.

63. Ceci posé, l'examen comparatif des servitudes a fait découvrir deux formes distinctes dans les modifications à la propriété qu'entraîne la constitution d'une servitude, et l'existence de l'une ou de l'autre de ces formes a dû rendre plus facile ou plus difficile la reconnaissance de l'état de liberté pour l'héritage grevé. Il y a des servitudes telles que, si le propriétaire dominant n'en tire point parti, la possession de la liberté est acquise par cela même au profit du fonds servant, possession de liberté qui commence à l'instant où a cessé l'exercice de la servitude. C'est là ce qui se produit toutes les fois que la servitude a pour but de conférer au voisin la faculté de faire quelque chose sur l'immeuble assujetti, comme dans les droits de passage, de puisage, de pacage, etc. De semblables servitudes ne modifient en rien extérieurement la manière d'être des deux fonds intéressés. C'est un rapport entre eux qui ne se manifeste que par la mise en pratique du droit; dès que ce droit sommeille, la liberté apparaît pour le fonds servant, liberté qui est contemporaine de la fin du dernier acte de vie par lequel s'est signalée la servitude. Il est, au contraire, des servitudes qui ne se conçoivent qu'à l'aide de travaux ayant pour objet de réaliser l'utilité qu'elles sont destinées à procurer. Ces servitudes se révèlent par des ouvrages permanents, lesquels s'incorporent avec les deux fonds ou avec l'un d'eux, par exemple les servitudes *oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii recipiendi, luminum*, etc. Dans ces hypothèses, l'état d'asservissement est attesté et maintenu par l'existence de ces ouvrages; dès lors, tant que les signes d'asservissement résultant de la physionomie extérieure des héritages n'auront pas été supprimés, il ne pourra être question de liberté pour la propriété du fonds grevé. Cette différence a été bien exprimée par les auteurs qui ont imaginé de distinguer

Digitized by Google

si la servitude, au point de vue de la faculté qu'elle attribue au maître du fonds dominant, consistait *in faciendo* ou *in habendo*. Pour les servitudes de la première espèce, le non-usage doit suffire à entraîner l'extinction du droit; quant aux servitudes de la deuxième espèce, la prescription ne doit commencer qu'à la suite d'un acte contraire, nécessaire pour constituer l'état de liberté.

64. Enfin il est une troisième catégorie de servitudes, qui ont une nature spéciale; nous voulons parler des servitudes dites négatives. Ici la propriété du fonds servant est diminuée en ce sens que le maître de ce fonds est gêné dans le complet exercice de son droit, en ce qu'il n'a plus la faculté d'agir à son gré de toute façon sur sa chose. Ainsi, il y aura interdiction de bâtir, de planter, de fouiller pour découvrir des sources. On a dit avec raison que le droit acquis par le maître du fonds dominant consistait alors *in prohibendo*. Sans doute, dans ces cas, la servitude, qui a toujours le caractère de n'être pas apparente, ne s'incorpore point par des signes visibles avec l'un des héritages, à l'instar de ce qui se produit pour les servitudes consistant *in faciendo*. Mais, d'un autre côté, la servitude imprime, au moins d'une manière négative, à l'héritage assujetti telle ou telle situation, situation qui désormais, en vertu de la servitude, détermine la façon d'être imposée au fonds grevé. L'abstention des actes de propriété interdits cesse d'être volontaire pour devenir forcée; cette abstention, au lieu d'être l'usage d'une pure faculté, constitue au contraire un asservissement. La liberté du fonds se trouve donc supprimée, et elle ne peut reparaître qu'au moyen de travaux ayant pour but de détruire la condition imposée au fonds servant. Il est naturel qu'en pareil cas l'affranchissement ne puisse s'obtenir qu'à la suite d'entreprises par lesquelles le fonds grevé sera mis dans une situation en désaccord avec celle réglée par la constitution de la servitude.

E. MACHELARD.

(*La suite à une autre livraison.*)

Digitized by Google

LES BARBARES ET LEURS LOIS,

Par M. L. DE VALROGER, professeur d'histoire du droit à la Faculté de Paris.

(*Suite et fin* [1].)

CHAPITRE XVIII.

DROIT ROMAIN.

On a vu que sous la domination des Visigoths et des Bourguignons les Gallo-Romains ne conservèrent pas seulement l'usage du droit romain, il fut composé pour eux des Codes destinés à en faciliter l'application : le *Breviarium*, le Papien. Les princes francs ne prirent point un pareil soin. Leurs sujets romains n'en conservèrent pas moins l'usage de leur ancien droit [2].

Il n'est donc pas surprenant de rencontrer une foule d'actes et de formules où le droit romain est mis en action [3].

Il en pénétra quelque chose chez les Germains eux-mêmes [4]. Leurs lois nationales en portent des traces nombreuses. Elles montrent que, parmi les commissaires chargés de les rédiger, il y en eut qui n'étaient pas sans quelque connaissance de ce droit. Je dois dire toutefois que M. de Savigny n'a signalé des traces de droit romain que dans la loi ripuaire, celle des Alemans, celle des Bavarois : encore sont-elles peu caractérisées, souvent équivoques, excepté sur des points qui intéressaient particulièrement l'Église. Il y en a de plus marquées dans les capitulaires : quelques principes romains y sont nettement reproduits. Mais le fond de cette législation a un tout autre caractère. Si le recueil de *Benedictus Levita* présente des emprunts faits en plus grand nombre au droit romain,

[1] V. t. XXIX, p. 437 et 535; t. XXX, p. 65 et 165.

[2] « Inter Romanos negotia causarum romanis legibus præcipimus terminari. » (Const., *Chlotar.*, II, 5, a. 560, c. 4. (W., I, 1.)

[3] V. Savigny (trad. Guen.), t. I, 2e part., p. 65 et s.

[4] Savigny, t. I, p. 52 et s.

Digitized by Google

c'est que l'auteur de cette compilation en a puisé les éléments à toute espèce de sources [1].

Pendant que le droit romain pénétrait ainsi chez les Germains, les formulaires du temps nous montrent que la pratique en devenait chaque jour plus grossière chez les Gallo-Romains. Ainsi se préparait l'oubli où il tomba dans les pays coutumiers. Ce ne fut point une circonstance sans influence sur ce résultat que les princes francs eussent négligé de donner à leurs sujets Gallo-Romains un Code de leur droit. Il est remarquable en effet que les parties de la France qui restèrent pays de droit écrit furent précisément celles où les populations Gallo-Romaines avaient été dotées d'un Code. La tournure contraire que prit le droit dans ces différentes parties de la France fut sans doute déterminée principalement par d'autres causes; mais celle-ci put aussi y contribuer pour quelque part.

A défaut d'un Code de droit romain qui leur fût propre, les Gallo-Romains, dans les contrées auxquelles je fais allusion, avaient la ressource du Papien et du *Breviarium* [2]. Ce fut sur-

[1] Montesquieu, XXVIII, 8, a prêté bien à tort à Benoît le désir « d'exterminer le droit romain partout l'univers. » — J'ai expliqué plus haut comment, une législation uniforme s'étant peu à peu développée chez les Visigoths, on en vint à la trouver suffisante et à retirer l'autorité légale à tout autre droit : Le Code dont j'ai fait l'histoire dut seul faire règle désormais. L'étude d'autres législations n'était pas interdite comme objet d'instruction; mais elles devaient rester sans influence sur la pratique judiciaire : « Alienæ gentis legibus ad exercitium utilitatis imbui et permittimus et optamus; ad negotiorum verò discussionem et resultamus et prohibemus. Quamvis enim eloquiis polleant, tamen difficultatibus hærent. Adeò cum sufficiat ad justitiæ plenitudinem et perscrutatio rationum et competentium ordo verborum quæ codicis ejus series agnoscitur continere; nolumus sive romanis legibus, sive alienis institutionibus amodo amplius convexari. » (L. *Vis.*, II, 1, 9.) — Benoît transporta dans son recueil (II, 343) cette loi de Chindeswind. Mais c'était si peu avec la pensée de faire la guerre au droit romain, qu'il n'en conserva que la première partie, en supprimant la mention spéciale de ce droit qu'on lisait à la fin. « Alienæ gentis homines legibus ad exercitium imbui et permittimus et optamus. Ad negotiorum verò discussionem resultamus et prohibemus; quamvis enim eloquiis polleant, tamen difficultatibus hærent. » (*Ben. Lev.*, II, 343.) La loi visigothique prit ainsi, dans le recueil de Benoît, le caractère d'une maxime vague, fort peu propre à « exterminer le droit romain par toute la terre. »

[2] Des auteurs avaient cru que Charlemagne confirma l'autorité du *Breviarium*. M. de Savigny (t. I, p. 96, et II, p. 99) a réfuté cette idée suggérée par une fausse interprétation d'une décrétale, et par un passage d'un

Digitized by Google

tout ce dernier Code qui servit de guide à la pratique du droit romain; c'est autour du *Breviarium* que se concentra ce qui restait de science. Le nouvel éditeur de la *Lex romana Visigothorum*, M. Hænel, a publié quelques travaux qui furent le produit de cette science. Ce sont de courtes et maigres gloses, des abrégés ou épitomes. M. Hænel en a trouvé jusqu'à six qui paraissent avoir été composés en France du VIIe au VIIIe siècle [1]. Le principal intérêt qu'offrent ces travaux, c'est de nous faire connaître l'état abaissé d'une science qui devait décliner encore [2].

Le *Breviarium* et le Papien étaient-ils les seules ressources qu'on eût pour la connaissance du droit romain? Ne restait-il rien des sources plus anciennes?

On avait encore le Code Théodosien. La chose ne serait point suffisamment prouvée par la mention faite quelquefois de la *lex theodosiana* [3]; car il peut être question de l'abrégé du Code de Théodose que renfermait le *Breviarium*. Mais, ce qui est plus décisif, on trouve dans *Benedictus Levita*, dans la continuation de son recueil et dans les ouvrages d'Hincmar, des emprunts faits textuellement au Code Théodosien original [4].

La législation de Justinien ne pénétra-t-elle point à son tour

manuscrit où l'on voulut voir une publication impériale. Elle exprime tout simplement la date de la transcription.

[1] V. Hænel, *Præf.*, p. 25 et s.

[2] Une œuvre plus remarquable est un petit résumé de droit romain déjà publié par M. Walter (III, 691) sous le titre de *Lex romana Utinensis*. On le nomma ainsi parce que le seul monument qu'on connaissait alors avait été trouvé dans les archives de la cathédrale d'Udine. M. de Savigny (I, 1re part., p. 274) conjectura que cet ouvrage avait été composé en Lombardie vers la fin du IXe siècle, ou le commencement du Xe. De cette conjecture il déduisit la persistance du régime municipal en Italie au temps des Lombards. M. Hænel, qui a découvert un autre manuscrit du même ouvrage dans la bibliothèque de Saint-Gall, croit plutôt qu'il fut composé en Suisse à une époque antérieure. Les doutes qui s'élèvent sur la question de temps et la question de lieu ne permettent pas de tirer de cet ouvrage des conclusions sûres.

[3] Ex. Greg. Turon., IV, 47 : « De operibus Virgilii, legis Theodosianæ libris... eruditus est. »

[4] Voy. Savigny, t. I, 2e part., p. 64, note *b*; p. 65, note *g*; p. 171, note *b*; p. 178, note *c*.

Digitized by Google

en France? Voilà une question d'un grand intérêt pour l'histoire du droit romain au moyen âge.

Il ne manqua pas d'occasions où le droit de Justinien put se communiquer à la France. Les Francs entrèrent en relation avec Justinien lorsqu'il faisait la guerre aux Ostrogoths. Plus tard, ce que les Lombards avaient possédé en Italie fut réuni à la monarchie Franque. Alors au moins les Francs purent faire connaissance avec le droit de Justinien : car, après avoir vaincu les Ostrogoths, Justinien s'était empressé de faire publier en Italie ses œuvres législatives; et la suite prouve qu'elles s'y conservèrent après que l'Italie, un moment replacée sous son autorité, lui eut été enlevée par les Lombards. Ce qui rend de plus en plus probable que le droit de Justinien ne demeura pas ignoré en France, c'est que l'Église était intéressée à l'y introduire. Justinien lui avait accordé de nouveaux priviléges. Il fut naturel qu'elle fît effort pour les obtenir aussi dans la monarchie franque, qu'elle s'autorisât pour cela des concessions de Justinien, et que, pour donner plus de force à ces précédents, elle cherchât à répandre, à accréditer, à vulgariser sa législation.

Des preuves positives justifient ces conjectures; on voit le droit de Justinien invoqué nommément [1].

Mais il reste une question plus obscure, et d'un grand intérêt encore : que connaissait-on du droit de Justinien ?

On connaissait certainement ses novelles, mais seulement par l'abrégé qu'un professeur de Constantinople, Julien, en avait composé en langue latine [2].

[1] Ainsi on lit dans Hincmar : « Legalem sententiam Justiniani catholici imperatoris quam profitet et servat ecclesia catholica, quâ... decrevit ut nemo episcopus, etc. » (Op. II, p. 509.) Et ailleurs : « Sacri Africæ canones et lex Justinianea decernunt... »

[2] Les novelles de Justinien furent composées en langue grecque, à l'exception de celles qui se rapportaient particulièrement à des pays de langue latine. (V. Biener., *Gesch. der Novell.*, 5, 18.) — Justinien n'en publia point de recueil, mais il en fut fait des collections sans caractère officiel. A côté de ces recueils qui contenaient le texte même des novelles se place un travail d'une autre nature : c'est un extrait ou abrégé de 125 novelles, composé par Julien qui professait le droit à Constantinople au temps même de Justinien. C'est surtout par ce recueil que le droit des novelles fut répandu en Occident. (V. Biener., *Gesch. der Novell.*)

M. de Savigny cite des textes qui prouvent la connaissance des novelles

Digitized by Google

On connaissait peut-être aussi son Code. Il semble cité dans les actes d'un concile tenu à Troyes, en 878, sous le règne de Louis le Bègue [3].

Mais le plus vaste et le plus précieux recueil de Justinien, son Digeste, le possédait-on aussi? Toutes les recherches faites par M. de Savigny ne lui ont pas fait découvrir un seul texte d'où la connaissance des Pandectes de Justinien puisse s'induire avec certitude. Si donc quelque copie des Pandectes avait été apportée en France, ce qu'on ne peut nier ni affirmer, il est démontré au moins que le Digeste ne devint pas un sujet d'études et n'exerça aucune influence sur la pratique. Comment s'en étonner lorsqu'en Italie même, où cependant les Pandectes se trouvaient incontestablement, on les voit oubliées jusqu'à la renaissance des études qui changea la face du droit en Occident?

CHAPITRE XIX.

Monuments de la pratique.

J'ai parcouru les monuments de la législation de l'époque franque. Les lois du temps ne nous font pas connaître tout son droit. Les capitulaires se réfèrent quelquefois à des coutumes non écrites. La pratique d'ailleurs ne correspondit point fidèlement aux capitulaires. Les injonctions répétées de les exécuter et de les faire exécuter montrent les difficultés qu'ils rencontraient. Les lois nationales qui formaient pour les divers peuples autant de statuts personnels tendirent elles-mêmes de

de Justinien. (I, 1re part., p. 100; 2e part., p. 55, notes *h*, *l*, *m*; *ib.*, p. 61, note *i*; p. 70, note *c*; p. 76, note *c*; p. 80, note *b*; p. 81, notes *e*, *f*.) — Il en cite d'autres (I, 2e part., p. 171, note *d*, et p. 179, note *c*) qui montrent que cette connaissance se tirait du recueil de Julien. Les novelles sont citées avec des indications de numéros qui correspondent à ce recueil. Rien n'apparaît du droit des novelles qui ne se trouvent pas dans Julien.

[3] Syn. Tricess. (ap. Walter, III, p. 219) *in fin.* « Inspectis legibus romanis... invenimus ibi à Justiniano imperatore legem compositionis sacrilegii constitutam... » C'est la loi 13, C. J., *De episc.* (I, 3). — M. Laferrière, IV, 287, objecte que cette loi n'avait point eu pour auteur Justinien, mais Arcade et Honorius; qu'on pouvait d'ailleurs la connaître par le Code Théodosien; qu'enfin elle aurait pu être révélée par le pape Jean VIII qui figurait au concile. Ces objections sont peu décisives.

Digitized by Google

bonne heure à se fondre en un droit coutumier et territorial. La pratique de l'époque doit donc être interrogée aussi bien que sa législation. Comment arriver à la connaître?

Les documents qui nous la révèlent sont de diverses sortes.

I.

Ce sont d'abord des actes, des diplômes échappés au temps. En 1759, le chancelier d'Aguésseau établit un dépôt où l'on devait rassembler toutes les pièces de ce genre qui pourraient être découvertes. Cette tâche fut poursuivie par le ministre Bertin. Un riche dépôt de documents précieux fut formé par des soins persévérants. Il a passé depuis la révolution à la bibliothèque impériale.

On avait eu dès l'origine la pensée d'imprimer un choix des pièces les plus intéressantes. Un volume préparé par les soins du savant Brecquigny allait voir le jour lorsque la révolution éclata. Cette publication et plusieurs autres du même genre furent arrêtées. Au sortir de la tourmente, un pouvoir réparateur confia à l'Institut la reprise de travaux d'érudition qui étaient des œuvres nationales. Plusieurs publications furent poursuivies avec activité : celle-ci resta en arrière. Ce n'est qu'en 1832 que M. Pardessus reçut la mission de mettre au jour les actes et diplômes des princes francs. Deux volumes publiés par M. Pardessus, ne comprennent que l'époque mérovingienne. Il faut aller chercher les chartes de l'époque carlovingienne dans une foule de publications où elles se trouvent dispersées. Mais on trouve un fil conducteur dans une table des chartes et diplômes imprimés, que Brecquigny avait commencée avant la révolution et que l'Institut continue.

L'Église conserva ses titres avec beaucoup plus de soin que la société laïque. Des archives avaient été établies dans les établissements ecclésiastiques, surtout dans les monastères. Pour en faciliter l'usage et assurer le souvenir des actes du plus grand intérêt, il fut composé des registres appelés cartulaires où les Chartes étaient transcrites. Par là nous ont été conservées beaucoup de pièces qui se seraient perdues. Malheureusement les cartulaires n'ont point eux-même échappé au vandalisme révolutionnaire. Il en reste cependant encore un assez grand nombre dans nos bibliothèques publiques et nos archives. Un catalogue en a été dressé et imprimé par les soins

Digitized by Google

du gouvernement. Plusieurs cartulaires ont été publiés sous ses auspices dans la collection des monuments inédits de l'histoire de France. Mais il s'y trouve peu de chose qui se rapporte à l'époque franque; la plupart des Chartes sont d'une époque ultérieure.

Il se dressa aussi dans les monastères, sous le nom de polyptiques, des statistiques dominiales assez analogues aux livres terriers de nos anciens seigneurs. C'est une source de renseignements précieux sur l'état de la propriété foncière et la condition des populations agricoles. Un précieux spécimen du genre est le polyptique d'Irminon, abbé de Saint-Germain des Prés de Paris, qui fit au commencement du IXe siècle dresser ce registre censier des terres de son abbaye. M. Guérard, qui l'avait publié avec de savants prolégomènes, a livré aussi aux études un autre polyptique de l'abbaye de Saint-Rémy de Reims composé un peu plus tard, mais encore dans le cours du IXe siècle.

II.

Les pratiques de l'époque franque nous sont encore révélées par des formules destinées à servir de modèles dans la confection des actes. C'est quelque chose d'analogue aux formules qui accompagnent nos traités de procédure ou de notariat.

Ces pièces fournissent des renseignements de toute espèce. Les unes mettent en action les usages germaniques; d'autres montrent une pratique persistante, mais toujours plus altérée du droit romain; dans beaucoup se produit une fusion des deux éléments. On assiste à la naissance des coutumes qui se substituaient peu à peu aux lois écrites. On découvre les pratiques qui naquirent de situations nouvelles. Une lumière est jetée sur la formation obscure de la féodalité.

Ces formules touchent à toutes les parties du droit. non-seulement au droit privé, mais au gouvernement, à l'administration, aux matières ecclésiastiques.

Dans celles mêmes qui se rapportent aux intérêts laïques on reconnaît la main d'hommes d'Église : chose facile à comprendre; l'instruction s'étant concentrée dans l'Église, les clercs étaient devenus les intermédiaires habituels des actes qu'on voulait faire constater par écrit. Mais le clergé lui-même se ressentit de l'ignorance du temps; beaucoup de formules sont

Digitized by Google

écrites dans un latin si corrompu que l'intelligence en est quelquefois difficile. C'est surtout l'époque des rois fainéants qui fut un temps de grossière ignorance. Il y eut sous Charlemagne une renaissance littéraire dont les fruits ne furent pas perdus même dans l'époque si troublée qui suivit. On ne retomba pas dans la barbarie qui avait marqué la décadence des Mérovingiens.

Le recueil de formules le plus précieux est celui qui porte le nom du moine Marculf. La préface énonce que l'auteur a voulu dresser des modèles pour les actes qui se font *tam in palatio quam in pago; præceptiones tam regales quam cartæ pagenses*. Le recueil se compose effectivement de deux livres : le premier relatif aux actes qui émanent de l'autorité royale, le second à ceux qui s'accomplissent entre particuliers.

On ne sait sur Marculf que ce qu'il nous a appris lui-même dans sa préface. Marculf y fait connaitre qu'il est moine, et se dit par humilité *ultimus ac vilissimus omnium monacharum*. Il se peint écrivant d'une main tremblante, avec une vue troublée, un esprit affaibli par l'âge. L'œuvre est adressée à un prélat nommé *Landeric*. Il y eut un évêque de Paris de ce nom qui vécut dans la seconde moité du VIIe siècle. C'est donc à cette époque que se place la composition du recueil, et il est écrit au point de vue de Paris ou de quelque localité voisine; Marculf dit qu'il a rédigé ses formules selon la coutume du lieu où se trouve son monastère.

Le premier éditeur de Marculf y joignit un autre recueil de formules dressé vers le temps de Louis le Débonnaire par un auteur inconnu. Publié comme un appendice à Marculf, il a continué d'être désigné par ce titre, encore qu'il n'y ait de commun entre ce recueil et celui de Marculf que d'être pareillement des recueils de formules.

Les manuscrits ont offert beaucoup d'autres formules que divers savants ont éditées. Ce furent Lindenbrog et Goldast en Allemagne, en France le Père Sirmond, Jérôme Bignon, plus tard Baluze. Pour la commodité des citations, on a pris l'habitude de donner à chaque recueil le nom du savant qui le mit au jour. Il y a ainsi des collections de formules qu'on nomme *Lindenbrogianæ*, *Sirmondicæ*, *Bignonianæ*, *Baluzianæ*.

Pour d'autres recueils, l'usage a prévalu de les désigner par

Digitized by Google

le nom de la contrée pour laquelle ils paraissent avoir été composés. Il y a un recueil de formules qu'on appelle *Andegavenses* parce qu'il s'y trouve de fréquentes allusions à la cité d'Angers; il se rapporte donc à l'Anjou. Un autre porte le nom de *Formulæ arvernenses*, parce qu'il se rapporte à l'Auvergne. D'autres formules ont pris le nom d'*alamannicæ*, parce qu'elles ont trait au pays des Alemans. Enfin il y a des formules qui ont pris le nom d'*alsaticæ*, parce que leur premier éditeur, François Pithou, crut qu'elles se rapportaient à l'Alsace. Une étude plus approfondie a fait reconnaître qu'elles furent plutôt écrites au point de vue du même pays que les *alemannicæ*.

De nos jours la collection des formules s'est grossie par des découvertes nouvelles. On en doit quelques-unes à M. Pardessus. D'autres bien plus considérables ont été faites par un descendant de M. Pardessus qui continue honorablement les traditions de science qu'il a trouvées dans sa famille. M. de Rozière a publié deux recueils de formules : l'un extrait d'un manuscrit de la bibliothèque de Strasbourg, l'autre d'un manuscrit de l'abbaye de Saint-Gall en Suisse; tous deux se rapportant aux mêmes contrées que les *alemannicæ* et les *alsaticæ*. M. de Rozière a aussi mis au jour un recueil de formules visigothiques, qui montre le cours que prit la pratique du droit en Espagne.

Il était utile de rassembler les formules éparses dans de nombreuses publications. C'est ce que fit M. Walter dans son *Corpus juris germanici ;* c'est ce qu'a fait bien plus amplement M. de Rozière, en réunissant toutes les formules découvertes avant lui et par lui dans un recueil où elles sont distribuées dans un ordre méthodique qui facilite le rapprochement.

Pour faire un bon usage des formules, diverses choses sont à considérer.

[1] Postérieurement à cette publication, Merkel a mis au jour (*Zeitsch. fur rechtsgesch.*, I, Velmar, 1861) un recueil de formules tiré d'un manuscrit du Vatican. Ce manuscrit ne peut remonter plus haut que la fin du IXe siècle, puisqu'il contient un acte de 896. Quelques parties de ce manuscrit (capitulaires d'un évêque de Tours, formulaires d'actes de l'évêché de Paris) font présumer qu'il fut compilé en vue de l'une ou l'autre contrée. Ces formules nouvellement éditées sont peu remarquables. Elles renferment peu de chose dont l'analogue ne se trouve ailleurs.

Digitized by Google

C'est d'abord au point de vue de quel pays la formule a été rédigée. De ce qu'une pratique s'observait sur un point de la monarchie franque, on ne peut conclure qu'elle fût générale.

Il n'est pas moins important de déterminer l'époque où la formule fut composée. Un recueil appartient-il à un temps reculé, nous pouvons affirmer que telle chose qu'il mentionne avait déjà lieu; un recueil appartient-il au contraire à une époque comparativement récente, nous pouvons y trouver la preuve que telle ou telle chose avait persisté et se pratiquait encore. Malheureusement il est difficile d'assigner la date précise de la plupart des formulaires. On a vu que Marculf est du milieu du VIIe siècle; au même siècle appartiennent les *andegavenses*. Les *arvernenses* semblent encore plus anciennes. La plupart des autres recueils sont d'une époque bien postérieure; la plupart ne remontent pas au delà du IXe siècle.

L. DE VALROGER.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES,

Par M. F. Barafort, président de chambre à la Cour impériale de Lyon [1].

Compte rendu
par M. Albert Desjardins, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

S'il est, dans notre droit civil, une matière difficile et obscure, c'est à coup sûr celle de la séparation des patrimoines. Aux difficultés inséparables de l'institution s'ajoutent celles qui résultent d'une rédaction vicieuse et d'un défaut d'harmonie entre les différents textes. L'unité à laquelle le législateur n'a pas songé, il faut la rétablir dans son œuvre après coup. D'un autre côté, c'est un préjugé assez répandu que l'intérêt des questions soulevées par la matière ne serait pas considérable en pratique, parce que la séparation des patrimoines s'y présenterait rarement : préjugé qui est une erreur. « Des renseignements que je crois exacts, dit M. Barafort (p. 3), établissent que les cas de séparation des patrimoines sont assez fréquents pour qu'il y ait lieu de recourir à cette mesure, en moyenne, une fois sur vingt, dans les procédures d'ordre. » La tâche entreprise par M. le président Barafort est donc aussi utile que délicate.

On ne peut faire un livre plus complet. L'auteur n'a omis aucune question, aucun arrêt, aucune opinion. Peut-être, s'il y avait un reproche à lui faire, serait-ce d'avoir été trop consciencieux pour rien passer sous silence; reproche rarement mérité à notre époque où abondent les productions hâtives. Voici comment nous l'entendons : M. Barafort prend évidemment à tâche d'indiquer tous les dissentiments qui s'élèvent entre lui et ses devanciers, même quand ils portent sur des points de détail et quelle que soit l'autorité ou la notoriété

[1] Paris, Aug. Durand et E. Thorin.

Digitized by Google

des écrivains cités par lui; dans l'étude du droit, il n'est pas besoin d'avoir tant de noms propres; il n'en est pas des idées juridiques comme des articles de journaux; la signature n'y est pas indispensable; l'exposition des doctrines peut souffrir de cette polémique continuelle et détaillée. Il y a telle question dont la discussion n'est pas indispensable, parce que la solution n'en est pas douteuse, celle que se pose l'auteur en ces termes : « Si l'action résolutoire et le privilége du vendeur n'avaient pas été légalement conservés, les créanciers du défunt, munis du droit de séparation des patrimoines, pourraient-ils l'exercer utilement contre les créanciers de l'acquéreur (n° 107)? » La négative est manifeste, incontestable. Nous aurions désiré plus de brièveté dans tel développement, par exemple dans celui qui est donné à la discussion de la question suivante : Quand il y a lieu de transcrire un testament au bureau des hypothèques, conformément à l'article 1069 du Code Napoléon, cette transcription dispense-t-elle les créanciers du défunt de prendre l'inscription exigée par l'article 2111?

Nous devions cette observation, cette réserve à l'intérêt de la méthode, à l'art de la composition. Mais nous n'hésitons pas à reconnaître que, pour une monographie, c'est à peine un défaut que d'être trop complète. Il faut qu'elle se suffise à elle-même, et elle ne se suffirait pas si elle ne contenait que le strict nécessaire. Les questions nouvelles qui peuvent s'élever rendront peut-être après coup indispensables les développements dont l'utilité n'a point apparu au premier abord. Les livres de droit sont des cadres où doivent entrer les prévisions de l'avenir. Du moins ceux qui auront besoin de faire des recherches dans le livre seront assurés de ne le pas consulter en vain.

L'esprit pratique qui a présidé à la composition du livre en a inspiré la théorie fondamentale. M. Barafort commence par discuter cette grande question, si la séparation des patrimoines, s'appliquant aux immeubles, est un privilége et se décide pour l'affirmative. Cette opinion est sans doute la plus commode à suivre, celle dont il est le plus facile de déduire les conséquences. Le privilége étant admis, et, à défaut d'inscription dans les six mois, l'hypothèque, il n'y a plus lieu de se demander comment les créanciers de la succession, proté-

Digitized by Google

gés contre les hypothèques que constituera l'héritier, le seront contre les aliénations : le droit de suite leur est assuré contre l'acquéreur (nos 176 et suiv.); un argument puissant est fourni à cette autre opinion, que l'effet de la division des dettes disparaît quand la séparation des patrimoines est demandée, au moins en ce qui touche les immeubles (n° 188).

Cette opinion est elle-même contestée. Maintenir la division des dettes, telle qu'elle est établie par l'article 1220 du Code Napoléon, c'est faire naître des difficultés graves, inextricables peut-être. Les difficultés s'effacent quand on admet que le payement d'une dette peut être réclamé pour le tout contre chaque héritier, au moins jusqu'à concurrence de la part qu'il détient. L'opinion la plus simple est aussi la plus équitable et la plus conforme à l'esprit de la séparation des patrimoines, qui tend à faire traiter les créanciers de la succession comme si le *de cujus* vivait encore. M. Barafort n'hésite pas à l'adopter, en ce qui touche, soit les meubles, soit les immeubles (nos 187-189).

Il se range de même à la doctrine de la jurisprudence sur l'effet du bénéfice d'inventaire. La jurisprudence décide, on le sait, que la succession étant acceptée bénéficiairement par l'héritier, la séparation des patrimoines a lieu *ipso facto* au profit de tous les créanciers héréditaires : séparation tacite et collective, qui rend inutiles des demandes spéciales et individuelles, épargne des frais, supprime l'inégalité pouvant résulter entre les créanciers héréditaires de ce qu'ils n'ont pas tous rempli les formalités exigées d'eux pour la conservation de leurs droits ou de ce qu'ils ne les ont pas tous remplies avant une certaine date : « En thèse générale, dit M. Barafort (n° 161), nous n'hésitons pas à nous prononcer dans le sens de la séparation des patrimoines opérée, *ipso jure*, par l'acceptation bénéficiaire de l'héritier. »

L'équité et l'esprit pratique ne permettent pas, en général, de pousser les principes à outrance. M. Barafort voit un privilége dans la séparation des patrimoines, mais il ne permet pas au créancier héréditaire qui l'a conservé en s'inscrivant sur les immeubles dans les six mois de l'ouverture de la succession de s'en prévaloir contre le créancier qui n'a pas pris l'inscription ou qui l'a prise après l'expiration du sixième mois (n° 196). Il considère l'acceptation bénéficiaire comme produi-

Digitized by Google

sant de plein droit, au profit des créanciers héréditaires, une séparation des patrimoines complète et définitive, mais le droit de suite qu'il donne à ces créanciers, il le subordonne à l'inscription prise par eux, en s'appuyant sur le principe général de l'article 2166 (n° 169).

L'esprit qui domine dans le livre de M. Barafort est celui dont s'inspire en général et avec raison la jurisprudence. Il n'est donc pas étonnant qu'il soit ordinairement d'accord avec elle. Son livre offre ainsi une utilité de plus; il contient une doctrine parfaitement sûre pour ceux qui ont à se présenter devant les tribunaux, et ceux-ci peuvent se féliciter d'y voir leurs décisions réunies, justifiées, érigées en théories. Nous aurons cependant à signaler un dissentiment grave entre la jurisprudence et M. Barafort.

Nous ne voulons pas énoncer toutes les questions étudiées par l'auteur en rapportant les décisions qu'il donne, encore moins expliquer sur quels points et pour quelles raisons nous serions en désaccord avec lui. Nous nous sommes seulement proposé de montrer dans quel esprit est fait le *Traité théorique et pratique de la séparation des patrimoines*. Néanmoins nous avouerons que ce traité, parfaitement adapté à la pratique, écrit avec méthode, savant et lucide, ne répond pas complétement, selon nous, aux exigences de la théorie. Nous ne trouvons pas une harmonie irréprochable entre les diverses parties de la doctrine qui y est enseignée.

M. Barafort considère la séparation des patrimoines comme conférant un privilége sur les immeubles de la succession aux créanciers qui la réclament. De là résulte un droit de suite. Mais ce privilége, qui donne un droit de préférence à l'égard des créanciers personnels de l'héritier, un droit de suite à l'égard des tiers acquéreurs, ne peut être exercé par un créancier héréditaire inscrit dans les six mois contre un créancier héréditaire inscrit après les six mois. Sans doute l'équité, le caractère primitif de la séparation font admettre ce résultat. Est-il d'accord avec la doctrine du privilége? Si l'un de plusieurs copartageants s'inscrit dans les soixante jours, date du partage, un autre après l'expiration de ce délai, n'est-il pas certain que le premier aura conservé son privilége de manière à le faire valoir, même contre le second? Si le droit accordé aux créanciers héréditaires a la même nature que celui des

Digitized by Google

copartageants, pourquoi ne pas le traiter de même? N'y a-t-il pas quelque analogie entre l'article 2109, qui se termine ainsi : « durant lequel temps aucune hypothèque ne peut avoir lieu sur le bien chargé de soulte ou adjugé par licitation au préjudice du créancier de la soulte ou du prix, » et l'article 2111, qui se termine ainsi : « avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces biens par les héritiers ou représentants au préjudice de ces créanciers ou légataires. » L'argument tiré des mots, *à l'égard des créanciers de l'héritier*, qui se trouvent dans l'article 2111, perd sa force, employé par un jurisconsulte qui les supprime dans une autre partie de sa discussion, pour admettre l'efficacité du privilége contre les tiers acquéreurs, dont aucun article ne parle.

Le savant président accepte avec empressement la doctrine de la jurisprudence sur l'effet de l'acceptation bénéficiaire. Elle vaut séparation des patrimoines, mais, d'après lui, seulement à l'égard des créanciers de l'héritier; le tiers acquéreur d'un immeuble ne pourrait être inquiété si l'inscription n'avait pas été prise conformément à l'article 2111. Cette restriction est-elle admise par la jurisprudence? Nous en doutons. Un arrêt de cassation, du 3 août 1857 (D. P., 57, 1, 336), contient une décision toute contraire : « Attendu que si, aux termes de l'article 2111, les créanciers et légataires qui, usant de l'action ouverte par l'article 878, demandent la séparation des patrimoines, ne conservent qu'au moyen d'une inscription prise au bureau des hypothèques le privilége par eux réclamé, c'est parce que les tiers ne peuvent pas autrement être avertis du fait de cette séparation; qu'il n'en est pas de même quant à cette condition des immeubles provenant d'une succession bénéficiaire, que *les personnes qui contractent avec l'héritier, même pur et simple, ne sauraient être censées ignorer* que les immeubles héréditaires se trouvent entre ses mains comme faisant partie de l'actif d'une succession bénéficiaire, dont les comptes ne sont pas rendus et dont l'actif demeure affecté au payement des dettes existantes sur la succession. » Voilà la théorie la plus générale qu'on puisse imaginer. La chambre des requêtes en fait l'application, le 7 août 1860 (D. P., 60, 1, 306), en décidant que l'acquéreur d'un immeuble soumis au privilége de la séparation des patrimoines par l'effet d'une

Digitized by Google

acceptation bénéficiaire, a besoin, pour s'en libérer, de la prescription établie par l'article 2180 du Code Napoléon. La jurisprudence, comme on voit, pousse jusqu'aux dernières conséquences, applique même contre le tiers acquéreur son principe que l'acceptation bénéficiaire confère et conserve le privilége, même sans inscription. « Le droit de suite, dit M. Barafort (n° 169), ne peut être exercé conformément aux articles 2166 et suivants du Code Napoléon, qu'à la condition d'une inscription privilégiée ou hypothécaire dûment requise. » Mais si l'article 2166 exige l'inscription pour l'exercice du droit de suite, l'article 2111 ne l'exige pas moins impérieusement pour la conservation du droit de préférence. La même formalité est également nécessaire, qu'il s'agisse de l'un et de l'autre droit; comment le fait qui la rend inutile à l'égard de l'un en laisse-t-il subsister la nécessité à l'égard de l'autre? La doctrine de la jurisprudence est plus rigoureuse pour les tiers acquéreurs que celle de M. Barafort; mais elle est plus conforme au principe posé. L'acceptation bénéficiaire dispense les créanciers héréditaires de tout soin pour la conservation de leurs droits : voilà le principe. D'où vient qu'on leur impose la vigilance pour certains actes, quand on les en affranchit pour d'autres, la loi n'ayant fait aucune distinction? Selon nous, il est vrai, la conséquence devrait être le coup de grâce donné au principe. M. Barafort a reculé, mais il ne faut pas entrer dans la voie, quand on ne veut pas aller jusqu'au bout. Quoi de plus bizarre que de considérer comme équivalentes l'inscription d'un droit, que nous appelons un moment *privilége*, et la déclaration d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, l'inscription spéciale sur chaque immeuble, la déclaration s'appliquant à toute la succession, l'inscription prise sur le registre de la conservation des hypothèques, la déclaration faite au greffe du tribunal? Publicité hypothécaire dont le législateur n'a pas eu l'idée. La Cour de cassation déduit de la déclaration au greffe une présomption, sans doute *juris et de jure*, contre les tiers qui contractent avec l'héritier : « Que les personnes qui contractent avec l'héritier ne sauraient être censées ignorer... ». Ainsi cette présomption remplace la formalité de l'inscription, si rigoureusement exigée, qu'il n'est pas d'équivalent qui en tienne lieu, que la connaissance la plus certaine des droits pour lesquels elle aurait dû être prise ne saurait

Digitized by Google

être opposée aux tiers intéressés à les méconnaître. Où ne conduit pas le système de la jurisprudence? Celui qui était héritier bénéficiaire a cessé de l'être, au vu et au su de tout le monde; il agit comme ayant le droit de disposer librement de la succession. Il n'importe, la déclaration subsiste et avec elle la présomption qui vaut inscription. Il faut aller plus loin. L'acceptation bénéficiaire n'est pas toujours librement choisie. C'est la seule acceptation qui soit permise au mineur. Or la Cour de cassation nous dit, 17 décembre 1854 (55, 1, 49) : « Attendu qu'aux termes de l'article 793 du Code Napoléon, la déclaration d'un héritier qu'il entend ne prendre cette qualité que sous bénéfice d'inventaire doit être faite au greffe; que cette formalité est indispensable pour l'héritier majeur qui ne veut pas être tenu au delà des forces de la succession, mais que, si son inobservation peut être invoquée par l'héritier mineur pour s'exonérer des obligations contractées en son nom sans l'accomplissement de cette prescription de la loi, elle ne saurait lui être opposée par les créanciers, lorsqu'il est établi que la succession a été acceptée pour lui sous bénéfice d'inventaire, parce qu'il ne peut jamais être qu'un héritier bénéficiaire. — ... Attendu qu'en décidant qu'il y avait eu acceptation positive et formelle par le mineur Giraud du legs universel fait à son profit, et que cette acceptation étant forcément bénéficiaire avait eu pour effet d'opérer la séparation des patrimoines, la Cour impériale de Dijon, loin d'avoir violé les articles invoqués par le pourvoi, en a fait une juste application. » Mais cette séparation implicite, qui résulte d'une acceptation implicite sous bénéfice d'inventaire, aura-t-elle tout son effet, même à l'égard des créanciers de l'héritier, même à l'égard des tiers acquéreurs? La négative restreindra les conséquences de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire imposée par la loi, rendra la séparation illusoire dans bien des cas, portera atteinte au principe que les créanciers d'une succession n'ont plus à veiller sur leurs droits quand cette succession est acceptée bénéficiairement. L'affirmative mène à reconnaître au profit de ces créanciers un droit de préférence et un droit de suite, qui peuvent être conservés, sans aucune publicité, même par équivalents : la présomption dont nous parlions tout à l'heure sera déplacée; les tiers seront censés n'avoir pu ignorer que les conditions dans lesquelles la loi

Digitized by Google

impose une acceptation bénéficiaire se sont trouvées réunies. Et cette présomption tiendra lieu d'inscription!

On comprend qu'un tel système ait choqué l'esprit judicieux de M. le président Barafort et qu'il réclame une réforme, inutile selon nous, dans une législation si bizarre selon lui : « L'inscription de l'article 2111, dit-il (n° 233), nous paraîtrait devoir être exigée, même dans le cas d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire. »

Les réserves que nous avons dû indiquer ne nous empêchent pas de rendre hommage aux fortes et sérieuses qualités qui se montrent dans le livre de M. Barafort, science étendue et sûre, intelligence de la pratique, respect de l'équité, sens judicieux des besoins qui exigent des réformes législatives; ces qualités en font un ouvrage précieux pour toutes les personnes occupées à l'étude et intéressées au progrès du droit.

ALBERT DESJARDINS

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Nicollet, président à la Cour impériale de Grenoble.

Le mineur soumis a la tutelle de son père perd-il le rang attaché a l'hypothèque légale de sa mère, lorsque cette hypothèque n'est pas inscrite dans l'année du décès de celle-ci?

(Civ. rej. 2 mai 1866 : J. Pal., 1866, p. 609; S. V., 66, 1, 233; D., 66, 1, 241.)

J'ai publié, en 1858, dans cette *Revue*, une dissertation où je soutenais l'affirmative[1], contrairement à l'opinion émise peu de temps auparavant par mon collègue, M. Pagès. La Cour de cassation vient de se prononcer dans ce dernier sens. Je le regrette pour une cause que je crois juste; je le regrette aussi pour ceux dont cette décision vient affermir la conviction. La question est de nature à se présenter souvent, et, quelque convaincu que l'on soit, il est triste de se croire obligé de prononcer la ruine d'un mineur parce qu'une formalité, sans objet dans le cas dont il s'agit, n'a pas été remplie. Cependant l'arrêt de la Cour de cassation n'a pas une autorité définitive en jurisprudence, puisque c'est un arrêt sur partage. Qu'il me soit donc permis de faire encore un effort en faveur d'une cause que son équité reconnue par tout le monde, rend très-digne d'intérêt.

Si la loi du 23 mars 1855 contenait un article portant en termes exprès que l'hypothèque de la dot, au lieu de remonter au jour du mariage, datera seulement du jour du décès de la femme, lorsque celle-ci laissera un enfant mineur sous la tutelle légale de son père, et que cette hypothèque ne sera pas inscrite dans l'année de ce décès, cet article serait inique et absurde. Ces mots, dont je vais démontrer la vérité qui sera le fondement de ma thèse, ne peuvent offenser personne. Ils

[1] T. XIII, p. 548 et suiv. — Voir, pour l'indication des autorités pour et contre, Dalloz, 66, 1, 241. *Adde*, dans le sens de mon opinion, Agen, 6 décembre 1864, 65, 2, 26; Martinique, 23 juillet 1866, 66, 2, 173.

Digitized by Google

s'adressent à une supposition, à une impossibilité. La Cour de cassation pense que cette disposition est implicitement renfermée dans la généralité des termes de l'article 8, et qu'il n'est pas permis de faire une exception là où la loi n'en a pas fait. Je discuterai cette opinion avec le respect qui lui est dû; mais je veux d'abord raisonner en supposant que l'article 8 de la loi de 1855 contient littéralement et intentionnellement la disposition que je viens de formuler. J'ai besoin de me donner en ce moment, pour adversaire, une pure hypothèse, afin que nulle timidité d'expression n'affaiblisse les axiomes que je vais invoquer. Si dans l'année de la dissolution du mariage par la mort du mari ou par la mort de la femme l'hypothèque de celle-ci n'est pas inscrite, ses reprises cessant d'être garanties par son rang hypothécaire seront perdues pour elle ou pour ses héritiers même mineurs : voilà la règle générale qu'on invoque, et que j'admets quoiqu'elle ne soit pas aussi clairement formulée dans la loi. Mais la généralité d'une règle n'empêche pas qu'elle ne soit limitée par son principe, par ses motifs, par son but. Il faut examiner si notre mineur, héritier de sa mère, n'est pas en dehors de cette règle générale, non point par cela seul qu'il est mineur, mais parce qu'il est sous la tutelle légale de son père débiteur des reprises. Eh bien, je le répète, si le législateur avait fait une disposition qui soumît expressément ce mineur à la déchéance dont il s'agit, il aurait donné le plus triste exemple d'inconséquence et de faillibilité.

La dispense d'inscription que le Code Napoléon attache aux hypothèques des femmes et des mineurs est rendue nécessaire par l'incapacité de ces personnes. « Cette grande faveur sera maintenue, dit l'exposé des motifs, tant que sera maintenue sa raison d'être, tant que la femme est sous la dépendance du mari dont l'intérêt est contraire au sien, tant que le mineur est sous la dépendance d'un tuteur disposé à se défendre contre toute inscription, si elle était nécessaire, la loi suppléée par une protection, peut être exorbitante, à la résistance du mari ou du tuteur. Mais quand la capacité d'action sera venue à l'un et à l'autre, le besoin de la publicité reprendra tous ses droits, et il ne peut plus être question que d'accorder un délai pour remplir la formalité prescrite par la loi commune. »

Et, dans la discussion de l'article 8, M. Rouher a dit :

Digitized by Google

« Il est possible que quelques personnes veuillent aller plus loin (soumettre les hypothèques légales à l'inscription). Mais la question n'est pas posée. Si elle l'était, bien que partisan du principe de la publicité des hypothèques, je ne voudrais, en aucun cas, compromettre, même pour l'application de ce principe, les intérêts du faible et de l'incapable. »

J'aurai plusieurs fois à revenir sur cet exposé des motifs dont le sens, malgré son évidence, a été méconnu par quelques partisans de l'opinion consacrée par la Cour de cassation.

C'est une disposition très-sage que celle qui dispense la femme de requérir l'inscription de son hypothèque légale pendant le mariage. Cependant la présomption d'incapacité sur laquelle elle est fondée n'est pas toujours vraie. La plupart des femmes administrent aussi sagement que des hommes, et la dépendance de la femme à l'égard du mari est sujette à bien des exceptions. Il est des pays où l'on dit proverbialement : « Quand la femme est chez le tabellion et le mari à ses oliviers ou à sa vigne, tout marche vers le mieux pour les intérêts d'une maison. » Mais l'incapacité du mineur, surtout dans le premier âge, est une incapacité absolue; en sorte que si, lorsque les reprises de la mère passent, par succession, à son fils mineur soumis à la tutelle paternelle, il était possible d'en augmenter les garanties, rien ne serait plus conforme aux exigences de cette situation.

Et ce serait à ce moment que le législateur qui, EN AUCUN CAS, *n'a voulu compromettre les intérêts du faible et de l'incapable*, aurait imposé au mineur, radicalement incapable, une inscription dont sa mère était dispensée à raison d'une incapacité simplement présumée et qui n'est jamais absolue! Par une contradiction inouïe, la loi reconnaîtrait ce mineur incapable, comme il l'est en effet, de faire inscrire contre son père, devenu son tuteur, sa propre hypothèque légale, et elle le déclarerait capable d'inscrire celle dont il vient d'hériter de sa mère, en sorte qu'il serait tout à la fois capable et incapable relativement à la conservation de la même créance! La femme incapable qui meurt en couches mettrait au monde un héritier capable, et la loi ne donnerait qu'un délai de douze mois au nouveau-né pour remplir une formalité de laquelle dépend la conservation de tout son avoir! A ce moment la fortune du mineur repose sur deux hypothèques : la sienne

Digitized by Google

propre qui, dans notre espèce, n'est pas en rang utile, et celle de sa mère qui seule est efficace; et la loi dispenserait d'inscription l'hypothèque qui, même étant inscrite, serait sans effet, et elle ferait perdre, par défaut d'inscription, la seule hypothèque utile! Que toutes les hypothèques légales eussent été soumises à l'inscription, on le concevrait : ce système favorable au crédit immobilier, et dans lequel serait entrée une nouvelle organisation de garanties pour les femmes et les mineurs, a eu ses partisans. Mais que, sans garanties nouvelles, le principe de la dispense d'inscription étant maintenu en faveur des incapables, cette dispense cesse dans un cas où l'incapacité s'est accrue, voilà ce qui choque la raison, et ce que j'appelle une iniquité déjà mêlée d'un certain degré d'absurdité.

Ce n'est pas tout : cette immolation des intérêts du mineur serait sans profit pour le crédit immobilier, c'est-à-dire pour les tiers, prêteurs ou acquéreurs, que la publicité hypothécaire a pour objet d'éclairer. Le mineur au nom duquel il n'aura pas été pris d'inscription dans l'année du décès de sa mère, n'en sera pas moins colloqué, pour les reprises de celle-ci, à la date de ce décès, et par conséquent avant tous les créanciers de son père inscrits à une date postérieure. Ces créanciers auxquels l'inscription du mineur aurait pu être utile, et qui, si elle eût été prise, n'auraient peut-être pas livré leurs fonds, ne seront pas fondés à se prévaloir de son omission. Et qui donc s'en prévaudra? Voici où l'absurdité vient clairement se joindre à l'injustice et la rendre encore plus criante : les créanciers qui auront contracté avec le mari pendant le mariage, connaissant l'hypothèque légale de la femme, et auxquels même l'existence de cette hypothèque aura été expressément déclarée dans leurs actes, conformément à l'article 2136 du Code Napoléon, ces créanciers qui ont, au moins tacitement, accepté cette situation, et auxquels une inscription subséquente des droits de la femme ne peut servir à rien, ces créanciers, par un coup du sort, ou, ce qui est bien plus grave, par une faute de la loi, profiteront de l'omission de cette formalité, et de derniers qu'ils étaient relativement à la femme, ils deviendront premiers relativement à son fils mineur!

Quelle compensation y a-t-il à cette injustice, et quelle raison, supérieure au droit, commande cette interversion

Digitized by Google

rétroactive des rangs hypothécaires lorsqu'une inscription après coup n'a pas été requise dans le cas qui nous occupe? Qu'on motive, s'il est possible, par quelque considération d'intérêt général cette expropriation d'un créancier au profit d'un autre! Pense-t-on que le régime hypothécaire étant du droit positif, la logique et l'équité n'y ont pas autrement de place que dans la disposition d'un casier? Pourquoi la loi, prenant le contre-pied de ce régime, en même temps qu'elle dispense notre mineur de s'inscrire pour conserver son rang à l'égard des créanciers à venir, lui imposerait-elle une inscription dont l'omission ne ferait que réagir sur le passé et sur les droits acquis? C'est pour conserver à la famille, aux enfants, les créances résultant des conventions matrimoniales, que la loi déroge à la règle de la publicité hypothécaire : comment qualifier une disposition qui retirerait cette protection au moment où elle atteint son but, qui placerait entre la mère et ses enfants un écueil où la dot périrait presque toujours, et qui ferait ainsi passer l'héritage maternel aux créanciers à l'égard desquels il a été si soigneusement sauvegardé jusqu'alors?

Sur tout ce que j'ai dit jusqu'à présent l'avis de mes contradicteurs diffère peu du mien. Leur respect pour une disposition qu'ils croient être implicitement contenue dans l'article 8 de la loi de 1855, ne leur permet pas de la qualifier avec la même indépendance que moi qui n'en crois pas le législateur coupable. Là où je puis dire : « Ce serait inique, ce serait absurde, par conséquent cela n'est pas, » ils disent : « Cela est; la loi est défectueuse; on ne s'y soumet qu'en gémissant, mais on doit s'y soumettre. » C'est donc la lettre et uniquement la lettre qu'on oppose. Mais si la lettre avait cette portée, ce serait évidemment par une inadvertance de rédaction. Or je demande sérieusement si le juge est obligé d'aller jusqu'à l'inique, jusqu'à l'absurde, pour obéir, non pas à la volonté, mais à une inadvertance du législateur.

Mais la lettre n'a pas cette portée. Lisons l'article 8 :

« Si la *veuve*, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants cause n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement. »

Digitized by Google

Le mineur dont nous nous occupons n'est pas héritier d'une veuve; il est héritier d'une femme décédée avant son mari. Il n'est donc pas compris au nombre des personnes que cet article soumet à prendre inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage. Une raison toute simple devait en effet exempter ce mineur, même à son titre d'héritier, de l'obligation dont il s'agit, puisque, comme mineur, il est investi pour toutes ses créances contre son tuteur, et par conséquent pour les reprises maternelles, d'une hypothèque légale qui succède à celle de sa mère et qui la continue. C'est une dispense d'inscription qui subsiste sans interruption depuis le mariage jusqu'à l'expiration d'une année après la fin de la tutelle. Ceci est plus qu'un argument, c'est un fait sur lequel je reviendrai en répondant à l'arrêt de la Cour de cassation.

On a dit plusieurs fois que mon système repose sur une mauvaise rédaction de l'article 8 et que j'arrange cet article en le faisant tel qu'il devrait être, au lieu de l'accepter tel qu'il est. Mais l'opinion contraire repose aussi, et uniquement, sur une mauvaise rédaction de l'article 8, et ses défenseurs arrangent cet article, quant à ce qui touche notre question, en le faisant tel qu'il ne doit pas être.

Dans ma précédente dissertation, j'avais déclaré qu'il serait presque puéril d'appuyer ma thèse sur le mot *veuve*, et j'avais consenti à la substitution du mot *femme*. Mais les motifs purement littéraux de la jurisprudence contraire m'ont averti qu'il ne fallait pas ainsi dédaigner le texte. En général, les arguments tirés de la lettre n'ont de valeur que par le mérite de leur conséquence au fond. Ceux que je vais employer seraient mauvais s'ils arrivaient à un résultat semblable à celui auquel l'opinion contraire s'est tristement résignée. Quant il ne s'agit que d'arguments, la fin contribue beaucoup à justifier les moyens, ou bien à en faire ressortir le vice. Je vais donc raisonner sur les termes de l'article 8, mais ma conviction repose surtout sur les motifs que j'ai puisés ou que je puiserai dans le fond du droit, et si je m'attache au texte c'est pour délivrer mes contradicteurs de la domination qu'il exerce sur eux.

Nul n'a le droit de rien changer à l'œuvre du législateur. Je me prévaux du texte tel qu'il est, et je l'interprète de manière à ne faire commettre à la loi ni injustice ni inconséquence. La

Digitized by Google

rédaction de l'article 8 est imparfaite, j'en conviens. Mais entendons-nous sur ce point! Le sens de la loi est incomplétement rendu en ce que, par l'emploi du mot *veuve*, les héritiers de la femme prédécédée ne sont pas littéralement compris au nombre des personnes que l'article 8 soumet à prendre inscription, et si je me fondais sur ce mot pour les affranchir de cette obligation, j'aurais assurément grand tort: Mais le mot n'est pas défectueux, il est au contraire très-heureux, en ce qu'il laisse en dehors de l'application de l'article 8 les enfants mineurs de la femme décédée avant son mari. Il y a inadvertance, si on le veut, en ce que le législateur aurait dû dire *la femme* au lieu de *la veuve*, mais s'il avait dit la femme et qu'il n'eut pas excepté expressément les mineurs que l'emploi du mot *veuve* excepte implicitement, il y aurait une inadvertance tout aussi grave. Les mêmes mots, *la veuve et ses héritiers*, ont tout à la fois le mérite d'exclure les enfants mineurs dont il s'agit, et le défaut de ne pas comprendre les autres héritiers de la femme prédécédée. Ce que l'interprétation doit faire est bien simple : il faut rester fidèle à la lettre en ce qu'elle a de bon, et par une analogie puisée, on peut le dire, dans le cœur de la loi, étendre le texte à toutes ses applications juridiques. Les arguments *à pari* et *à contrario* sont le complément indispensable des lois. Entre les héritiers de la veuve et les héritiers de la femme autres que ses enfants mineurs soumis à la tutelle paternelle, il existe, au point de vue de l'article 8, parité, plus que cela, identité de motifs; le sens de la disposition doit donc recevoir toute l'extension que comporte cette évidente analogie. Mais entre le mineur dont nous nous occupons et les autres héritiers de la femme ou de la veuve, loin que cette identité de raison se rencontre, il y a une différence essentielle; il faut donc laisser ce mineur dans l'exception très-rationnelle, quand même elle serait fortuite, que le texte établit en sa faveur. Ainsi entendue et maintenue dans son intégrité, la loi est complète et irréprochable au fond. Au lieu de cela, que fait-on? Sans qu'il en soit besoin pour donner à l'article 8 tous ses bons effets, on met à la place du mot *veuve* le mot *femme*, puis, en s'inclinant devant son propre ouvrage, on dit : « La loi est générale, elle comprend votre mineur, il faut la respecter. » Respectons-la d'abord en ne touchant pas à son texte. Respectons-la sur-

Digitized by Google

tout en ne rendant pas inique une disposition qui n'est que mal rédigée.

On s'est prévalu de ce qu'un article proposé en 1841, par la Cour de Grenoble, dans le sens de mon opinion, n'avait pas passé dans la loi de 1855, pour en conclure que cette opinion avait été repoussée. Il convient de donner, à cet égard, une explication.

En 1841, les Cours furent consultées par M. le garde des sceaux sur un projet de réforme du régime hypothécaire. La commission de la Cour de Grenoble qui eut à examiner ce projet était présidée par M. Legagneur, alors notre premier président. Trois magistrats qui ont été appelés bientôt après à de hautes positions en faisaient partie; j'en étais le cinquième membre et le secrétaire, comme le plus jeune. Cette commismission, ou plutôt la Cour qui adopta son travail, proposa d'apporter à l'article 2135 du Code Napoléon diverses modifications, notamment les suivantes :

« La dispense d'inscription établie en faveur des mineurs, des interdits et des femmes mariées cesse à l'expiration d'une année à compter de la fin de la tutelle, ou à compter de la dissolution du mariage ou de la signification du jugement de séparation de biens.

« Si le tuteur est décédé avant que le mineur soit devenu majeur ou avant la mainlevée de l'interdiction, s'il a été remplacé ou destitué, le délai ne court que du jour de la nomination du nouveau tuteur, lequel est responsable du défaut d'inscription dans ce délai. Il en est de même si la tutelle finit par le décès du mineur, lorsque celui-ci laisse pour héritiers d'autres mineurs non pourvus de tuteur.

« En cas de décès de la femme mariée, la dispense d'inscription continue au profit de ses héritiers mineurs, s'ils sont sous la tutelle du mari survivant, ou si celui-ci devient leur tuteur dans l'année. »

Ce fut moi qui proposai ce dernier paragraphe. On m'objecta que la disposition qu'il contient résultait suffisamment des principes de la matière, et qu'ainsi que l'a dit plus tard M. Rouher, il ne fallait pas demander à une loi de résoudre à l'avance toutes les difficultés d'application. Mais on observa, d'un autre côté, que ce paragraphe explicatif ne pouvait pas nuire, et il fut admis comme une déduction des dispositions

Digitized by Google

précédentes. C'est ce que rend manifeste le motif qui en est donné dans le rapport de la commission, en ces termes :

« Si la femme laisse des héritiers mineurs sous la tutelle du mari, l'hypothèque de ceux-ci succède immédiatement, et avec dispense d'inscription, à l'hypothèque légale de la femme. Le débiteur reste le même, et les motifs de protéger la créance n'éprouvent pas d'interruption. La raison de décider ne change pas si le mari est nommé tuteur des héritiers de sa femme dans l'année du décès de celle-ci. »

Ce motif du paragraphe proposé montre bien que, dans la pensée de la Cour, alors même que ce paragraphe ne serait pas adopté par le législateur, le cas qu'il prévoit ne devrait pas recevoir une autre solution. Est-il possible que cette disposition ait été repoussée comme injuste, comme illogique, comme contraire à l'esprit de la loi? Non, certainement non : tout le monde regrette que l'article 8 ne soit pas plus clairement rédigé dans ce sens. Si donc cette proposition, en supposant que le législateur l'ait connue, n'a pas été accueillie, ce ne peut être que parce qu'il l'a trouvée surabondante, la loi ne devant pas pousser trop loin la défiance à l'égard des magistrats chargés de l'appliquer.

Cependant, nous dit-on, la Cour de Grenoble elle-même, en 1858 et en 1862, a jugé contrairement à la disposition qu'elle avait proposé d'introduire dans la loi; et dans son dernier arrêt, elle s'est fondée sur ce que cette proposition n'avait pas été adoptée. La Cour n'a pas fait attention à deux choses qui me semblent évidentes : la première, que si la proposition dont il s'agit avait été rejetée autrement que comme inutile, ce rejet, qui ne serait plus le résultat d'une inadvertance, équivaudrait à l'adoption intentionnelle, réfléchie, d'une disposition contraire, et par conséquent impliquerait l'iniquité et l'absurdité dont j'ai dit plus haut qu'il n'était pas permis de supposer le législateur coupable; la seconde, que s'il avait effectivement voulu le contraire de la disposition proposée, il s'en serait expliqué clairement, et il n'aurait pas employé une locution dont le sens littéral est conforme à cette proposition.

Mais, hélas! les auteurs de la loi de 1855 n'ont pas eu sous les yeux les observations faites quatorze ans auparavant par la Cour de Grenoble, et si profondément méditées par son premier président. S'ils en avaient eu connaissance, ils auraient

Digitized by Google

prévenu, par une meilleure rédaction de l'article 8, plusieurs difficultés qu'il fait naître. La pensée d'exprimer, dans cet article, l'exception que la Cour de Grenoble avait indiquée, ne leur est pas venue, parce qu'ils ont employé une formule qui implique cette exception. Si, au lieu des mots *la veuve*, le législateur s'était servi, comme notre Cour, des mots *la femme mariée*, il aurait été, comme elle, conduit à se demander s'il fallait faire une disposition particulière pour le cas du mineur héritier d'une femme décédée avant son mari, ou s'il valait mieux garder le silence sur une solution qui se déduit d'elle-même des motifs de la loi. On ne fait pas au législateur l'honneur d'admettre qu'il a voulu dire ce qu'il a dit, et formulé son article 8 avec l'excellente intention d'en excepter notre hypothèse : qu'importe, puisque, par le fait, il l'a exceptée, et que c'est un bien. On ne saurait aller jusqu'à soutenir qu'il a voulu le contraire de ce qu'il a exprimé, puisque ce contraire serait inique et absurde. Tout ce qu'on peut supposer de plus favorable à la thèse, c'est que la rédaction fautive de l'article 8 révèle que plusieurs hypothèses sur lesquelles cet article aurait dû s'expliquer, et particulièrement celle qui nous occupe, ne se sont pas distinctement offertes à la pensée du législateur. Je ne repousse pas cette supposition qui vient à l'appui de mon système, car pour faire perdre à notre mineur le rang hypothécaire de sa mère, il faudrait que le législateur l'eût voulu, et il ne peut l'avoir voulu sans y avoir pensé.

L'article 8, dont je n'examine le texte qu'à la lumière des principes, et pour les faire triompher, contient encore des expressions qui fortifient mon interprétation : faute de l'inscription qu'il impose aux personnes qui y sont désignées, « leur hypothèque, y est-il dit, ne date, *à l'égard des tiers*, que du jour des inscriptions prises ultérieurement. » Pourquoi ces mots, à l'égard des tiers : entre les parties contractantes il n'y a pas lieu de rechercher la date d'une hypothèque. Les tiers, cela ne veut pas dire tout le monde. Les tiers, quand il s'agit d'un contrat, sont les personnes qui, sans y être parties, ont cependant quelque intérêt s'y rattachant; et quand il s'agit d'une formalité, ce sont les personnes qui, sans être chargées de son accomplissement, ont quelque intérêt à ce qu'elle soit remplie. Ici, nul ne se trouve dans ces conditions. Quant aux

Digitized by Google

créanciers du père antérieurs à la dissolution du mariage, leur rang, par rapport à la femme, étant fixé, ils n'ont aucune utilité à attendre d'une inscription subséquente, ni aucun préjudice à souffrir de son omission. Ils ne sont donc pas des tiers dans le sens légal du mot. L'article 8 n'est donc pas fait pour eux. Ils sont non recevables à se prévaloir de ce que l'inscription n'a pas été prise, parce qu'ils n'avaient aucun intérêt à ce qu'elle le fût. C'est une nouvelle mais très-juste application de la règle : point d'intérêt, point d'action. Pour écarter cette règle, serait-il permis de dire que l'intérêt de ces créanciers consiste précisément dans l'éventualité que l'inscription ne soit pas prise, puisque cette omission ferait passer sur leur tête la succession de la femme de leur débiteur? Pitoyable abus des mots! concevrait-on que la loi prescrivît une formalité de telle nature que le seul intérêt qui s'y rattachât serait qu'elle ne fût pas remplie, une formalité qui, dans notre hypothèse, ne serait pas autre chose qu'un piége tendu à l'incapacité du mineur; en sorte que ce mot de *tiers* se rapporterait tout simplement aux personnes qui auraient intérêt à ce que le mineur tombât dans ce piége.

Je ne pousse pas plus loin cette première partie de ma démonstration, ne voulant pas répéter tout ce qui se trouve dans ma dissertation de 1858, et ce qui a été dit bien mieux dans d'autres travaux sur ce sujet. Il faut lire surtout dans la *Revue pratique* (t. XXI, n° 450) une remarquable monographie de M. Bourniceau-Germaud, procureur impérial à Bressuire, qui a très-savamment approfondi la question. Mon principal but est de répondre aux moyens de la thèse adverse. Je ne veux en omettre aucun, et je vais commencer par l'examen de l'arrêt rendu après partage par la Cour de cassation, le 2 mai 1866.

Ai-je besoin de parler encore de mon respect et de ma déférence pour l'autorité et les hautes lumières de la Cour de cassation? J'ai toujours puisé dans l'étude de ses arrêts une telle conviction que dans les cas, heureusement très-rares, où elle a changé de jurisprudence, je n'ai pu me détacher de celle qu'elle a abandonnée. Malgré mon extrême infériorité, il m'est permis de critiquer sa décision du 2 mai 1866, puisque, un jour, l'opinion que je défends a été partagée par la moitié des membres de la chambre civile, et que cette opinion repose

Digitized by Google

sur des motifs dont les plus déterminants ont été adoptés, et exprimés à la manière de Pothier, dans les œuvres de M. Troplong et de M. Pont.

Voici l'arrêt du 2 mai 1866 :

« Attendu que l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 est général ; que prévoyant le cas où l'hypothèque de la femme doit cesser de rester occulte, il exige, d'une manière absolue, qu'elle soit inscrite dans l'année qui suit la dissolution du mariage ; que cette obligation de l'inscription est imposée non-seulement à la femme elle-même, mais encore, et d'une manière expresse, à ses héritiers ; que la loi ne fait pas de distinction entre le cas où ces héritiers sont majeurs ou mineurs ; qu'ainsi l'exigeaient les intérêts du crédit immobilier en vue desquels elle a stipulé, et qu'elle a dû supposer que le mineur était suffisamment protégé par les garanties ordinaires que le Code Napoléon a organisées pour la conservation des droits pupillaires. »

Examinons avec soin cette première partie des motifs de l'arrêt.

Il n'y est fait aucune mention, même indirecte, du moyen fondé sur le mot *la veuve*, mot sujet à critique sous un rapport, mais irréprochable, et dont il faut remercier le hasard, si c'est au hasard que la justice le doit, en ce qu'il met le mineur héritier de sa mère et placé sous la tutelle de son père, à l'abri de la déchéance prononcée par l'article 8, sans cependant faire obstacle à aucune des applications que cet article doit recevoir d'après l'intention du législateur.

L'arrêt déclare que la loi ne fait pas de distinction entre le cas où les héritiers de la femme sont majeurs ou mineurs, et cela par deux raisons, à savoir qu'ainsi l'exigeait l'intérêt du crédit immobilier, et qu'elle a dû compter sur l'efficacité de la protection dont elle entoure la minorité. Ces deux raisons sont vraies d'une manière générale ; mais s'il est bien démontré qu'elles sont sans application au mineur héritier de sa mère et soumis à la tutelle paternelle, il faudra bien en conclure que la même décision ne peut l'atteindre.

Le crédit immobilier aurait pu être intéressé, dans notre espèce, à ce que le mineur fût obligé d'inscrire pour l'avenir sa propre hypothèque qui comprend celle de sa mère ; mais dès que, à raison de son incapacité, il est dispensé de cette

Digitized by Google

inscription à l'égard des créanciers à venir, il serait contradictoire d'exiger de lui une inscription pour la conservation du rang hypothécaire de sa mère à la date du contrat de mariage de celle-ci. Je cherche en vain l'intérêt que pourrait avoir le crédit immobilier à cette exigence. Il est certain qu'en tout ce qui touche les tiers en général, la dispense d'inscription comme mineur, emporte la dispense d'inscription comme héritier, et l'emporte *à fortiori*, à cause de l'inique rétroactivité que l'omission de cette dernière inscription entraînerait.

Quant aux garanties ordinaires des droits pupillaires sur lesquelles la Cour de cassation pense que le législateur à dû compter, c'est encore une considération vraie pour le mineur en général, mais fausse quant au mineur dont nous nous occupons. En effet, la principale garantie des droits pupillaires consiste dans la dispense d'inscription accordée au mineur à l'égard de son tuteur. Le législateur aurait été par trop illogique s'il avait imposé au mineur l'obligation de requérir une inscription du chef de sa mère, en le considérant comme suffisamment protégé par une garantie qui consiste précisément en ce qu'il est dispensé de requérir cette inscription de son chef. Notre mineur a contre son tuteur deux hypothèques, l'une à la date du contrat de mariage de sa mère, l'autre à la date du décès de celle-ci : il est évident que la loi n'a pas pu exiger l'inscription de la première qui est en rang utile, en comptant, pour le cas d'omission de cette formalité, sur la garantie résultant de la dispense d'inscription de la seconde qui n'est pas en rang utile.

Il resterait la garantie morale du père insolvable, et la garantie du subrogé tuteur, obligés l'un et l'autre de requérir inscription pour le mineur. Mais la loi ne s'en est pas contentée pour la conservation de l'hypothèque pupillaire, pourquoi s'en serait-elle contentée pour la conservation de l'hypothèque maternelle ?

Il y a d'ailleurs d'autres considérations qui n'auraient pas échappé au législateur dans le cas où il se serait demandé si l'on devait compter sur le tuteur légal, ou sur le subrogé tuteur, pour prendre l'inscription dont il s'agit.

Supposons que lorsque le père du mineur a donné, durant son mariage, des hypothèques sur ses immeubles, il ait déclaré, conformément à l'article 2136 du Code Napoléon, qu'ils

Digitized by Google

étaient déjà grevés de l'hypothèque légale de sa femme : après la mort de celle-ci il se dira que rien ne le met dans la nécessité de faire éclater, par une inscription, la mauvaise situation de son crédit immobilier; que s'il contracte de nouveaux emprunts, il lui suffira de remplir encore, à l'égard de ses prêteurs, l'obligation imposée par cet article 2136; qu'en ce qui concerne les créanciers actuels, ils ont été avertis en temps opportun, dans leurs titres mêmes, de l'hypothèque de sa femme, bien mieux, et surtout plus utilement, qu'ils ne pourraient l'être par l'inscription qu'il prendrait. Il serait dur, on en conviendra, que le mineur perdît l'hypothèque légale de sa mère parce que son père, devenu son tuteur, aurait fait un raisonnement si plein de sens.

Supposons, au contraire, que celui-ci n'ait pas fait à ses créanciers antérieurs à la mort de sa femme, la déclaration voulue par l'article 2136, il sera, aux termes de cet article, réputé stellionataire et, comme tel, contraignable par corps; mais, si la thèse adverse est vraie, il échappera à cette contrainte en s'abstenant de requérir l'inscription des droits maternels de son fils. Assurément le législateur n'a pas supposé que la conservation de ces droits était suffisamment garantie par l'obligation du tuteur de les faire inscrire, alors qu'il ne pourrait remplir cette formalité sans s'exposer à la contrainte par corps.

Passant à la responsabilité du subrogé tuteur, je fais deux remarques essentielles : c'est d'abord que le délai d'un an fixé par l'article 8 s'écoule souvent sans qu'un mineur soumis à la tutelle légale soit pourvu d'un subrogé tuteur; c'est ensuite que le législateur n'a pas dû exposer le mineur à perdre, par défaut d'inscription, une garantie hypothécaire, en comptant sur celle du subrogé tuteur qui n'est que personnelle.

Mais, dans notre cas, cette responsabilité serait une injustice. Elle serait établie au profit du mineur, mais, en définitive, elle aboutirait, par un circuit, à faire retomber sur le subrogé tuteur le payement des créanciers auxquels le défaut d'inscription de l'hypothèque légale de la femme donnerait, après coup, un rang antérieur aux reprises matrimoniales. Ces créanciers auraient placé leurs fonds imprudemment, et ce serait le subrogé tuteur qui, pour n'avoir pas rempli une formalité inutile, deviendrait victime de leur imprudence. Assu-

Digitized by Google

rément, encore, le législateur n'a pas eu en vue une garantie qui conduirait à un aussi injuste résultat.

De tout ce que je viens de dire sur la première partie du considérant de l'arrêt de la Cour de cassation, il résulte que cet arrêt a une grande autorité en faveur de ma thèse, puisque, pour étendre d'une manière générale l'application de l'article 8 aux héritiers mineurs de la femme mariée, il ne se fonde et ne peut se fonder que sur des motifs inapplicables à ceux de ces héritiers qui sont sous la tutelle du mari survivant.

Passons à la seconde partie du considérant.

« Attendu que l'héritier mineur de la femme se prévaudrait en vain de ce qu'il est placé sous la tutelle de son père pour prétendre que l'hypothèque légale de sa mère, dont il recueille le bénéfice, ne doit nécessairement s'inscrire que dans l'année de la cessation de sa minorité; que ce serait transporter dans le système de l'hypothèque légale de la femme des dispositions qui ne sont applicables qu'au cas de l'hypothèque légale du mineur; que cette confusion est inadmissible en présence de la classification des hypothèques distinctes envisagées par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855. »

L'hypothèque légale de la femme mariée et l'hypothèque légale du mineur ne forment qu'un seul système dont le lien consiste dans la dispense d'inscription accordée à ces deux espèces d'incapables. S'il y avait cent espèces d'incapables dispensés d'inscription, il n'y aurait pas pour cela cent systèmes d'hypothèques légales, l'application unique d'un principe ne pouvant, à elle seule, former cet ensemble de rapports que l'on nomme un système. Quand on étend à l'hypothèque légale de la femme une disposition relative à l'hypothèque du mineur, on fait un raisonnement qui peut être juste ou ne pas l'être, mais on ne transporte pas cette disposition d'un système à un autre. Le dernier motif de l'arrêt se réduit donc à dire que notre mineur doit perdre sa créance parce que l'hypothèque qu'il invoque comme héritier de sa mère ne s'appelle pas hypothèque de mineur, mais s'appelle hypothèque de femme mariée, et que l'article 8 soumet cette dernière hypothèque à l'inscription dans l'année de la dissolution du mariage. Étant admis que le mot *femme* est à la place du mot *veuve*, ce motif est exact selon la syntaxe, mais il laisse de côté toutes les raisons de droit, il ne répond à aucune des

Digitized by Google

objections fondées sur l'intention du législateur, et, ce qui est bien remarquable, il n'explique pas pourquoi la première partie du considérant vraie pour les mineurs en général, ne l'étant pas pour le mineur placé sous la tutelle de son père, ce mineur est cependant frappé de la même déchéance, en sorte qu'il se trouve condamné par des motifs dont la conséquence logique, puisqu'ils ne s'appliquent pas à lui, aurait été de lui faire obtenir gain de cause.

Élevons-nous au-dessus de la lettre, et substituons aux mots leur définition, ou plutôt la chose elle-même. Au lieu d'hypothèque légale, disons : créance dispensée d'inscription. La créance de la femme n'est dispensée d'inscription que jusqu'à l'expiration d'une année après la dissolution du mariage : cela est parfaitement vrai, et cela est sans réplique à l'égard de tous les héritiers de la femme, autres que des mineurs soumis à la tutelle du mari survivant. Mais cela n'est pas opposable à ceux-ci, parce que, pour eux, la même créance due par le même débiteur, toujours hypothéquée sur les mêmes immeubles, continue d'être dispensée d'inscription depuis le décès de la femme jusqu'à l'expiration d'une année après leur majorité. A la vérité, et c'est là l'unique objection, avant la dissolution du mariage, la créance jouissait de cette faveur comme créance de femme mariée, et après la dissolution du mariage elle en jouit comme créance pupillaire. Mais en quoi cela importe-t-il? La dispense d'inscription souffre-t-elle une lacune? Non, la dispense d'inscription continue. C'est un fait qu'on ne peut nier, et ma thèse ne demande rien de plus. La cause de la dispense n'en change pas l'effet. Quelle différence trouve-t-on, relativement à cette dispense, entre la première période et la seconde? Aucune. A vrai dire, il n'y aurait même rien de changé quant à la cause. Sans doute la mère défunte et son fils mineur ne sont pas une seule et même personne; mais l'une représente l'autre. C'est toujours le même droit, et la dispense n'est pas accordée en considération de la personne, elle est accordée à raison de l'incapacité dont la personne est atteinte. Or l'incapacité qui est la cause, et la dispense d'inscription qui est l'effet ou la conséquence, ont commencé le jour du mariage et ont continué, sans interruption, jusqu'à la majorité du fils. Une créance dispensée d'inscription est colloquée comme si elle était inscrite. Le

Digitized by Google

mineur dispensé d'inscription, dans notre espèce, doit donc être colloqué comme s'il avait rempli cette formalité à l'ouverture de la tutelle. Une nouvelle dispense d'inscription survenant avant l'expiration d'une précédente, prolonge l'effet de l'hypothèque légale de la même manière qu'un renouvellement d'inscription prolonge l'effet d'une hypothèque judiciaire ou conventionnelle.

Pour infirmer ces raisonnements, il faudrait pouvoir leur opposer l'intérêt des tiers qui est le critérium des questions relatives à la publicité hypothécaire. Mais il n'est aucun tiers ayant contracté avec le mari ou avec le tuteur, dans tout l'intervalle qui s'est écoulé depuis le mariage jusqu'à l'expiration d'une année après la fin de la tutelle, qui n'ait été en présence d'une hypothèque dispensée d'inscription et qui par conséquent soit fondé à se plaindre de ce que, au moment de son contrat, cette hypothèque n'était pas inscrite.

L'article 2153 du Code Napoléon exige pour l'inscription de l'hypothèque légale du mineur les mêmes énonciations que pour celle de l'hypothèque légale de la femme mariée. Ainsi l'inscription qui serait requise pour notre mineur, en sa seule qualité de mineur, devrait, suivant le n° 3 de cet article, énoncer les droits à conserver et le montant de leur valeur quant aux objets déterminés, ou leur indication seulement quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés. Elle devrait par conséquent mentionner le mariage de sa mère et les créances en dérivant, tout comme s'il s'agissait de l'hypothèque résultant du mariage lui-même. Eh bien, notre mineur étant dispensé par l'article 8 de prendre cette inscription jusqu'à l'expiration d'une année après sa majorité, il est impossible de découvrir une raison pour que cette dispense n'emporte pas, pour lui, celle de s'inscrire du chef de sa mère, puisque les deux formalités sont identiques.

La différence des dates auxquelles remontent les deux hypothèques n'est ici d'aucune considération. L'inscription voulue par l'article 8 a pour objet de faire connaître l'existence de l'hypothèque et non sa date qui résulte d'ailleurs suffisamment de la nature des droits à conserver, et dont l'indication n'est pas autrement exigée par l'article 2153.

Ici se terminent mes observations sur l'arrêt du 2 mai 1866, et je les résume ainsi :

Digitized by Google

La première partie du considérant étend d'une manière générale la disposition de l'article 8 aux héritiers même mineurs de la femme mariée, en se fondant sur des motifs qui ne s'appliquent point à la situation spéciale de notre mineur, et dont la conséquence aurait dû être de l'affranchir de l'obligation imposée par cet article. Pour justifier la décision rendue, il aurait fallu que la seconde partie du considérant expliquât pourquoi les motifs de la loi n'étant pas applicables à notre mineur, la loi elle-même lui était néanmoins applicable. Au lieu de chercher cette explication, à mon avis introuvable, la fin du considérant se renferme dans une argumentation purement littérale que ma thèse n'a aucun intérêt à contredire. En effet je ne prétends nullement transporter, comme le dit l'arrêt, dans le système de l'hypothèque légale du mineur, une règle propre à l'hypothèque légale de la femme. Je laisse produire à chaque hypothèque son effet sous le nom qui lui appartient. Le nom n'a changé que parce que le titulaire a changé; mais le droit est resté le même en tout point, et la dispense d'inscription qui en constitue l'essence a subsisté et continue de subsister depuis l'origine de l'hypothèque légale de la mère jusqu'à l'extinction de l'hypothèque légale du fils. Je le répète, ce n'est pas là un argument, c'est un fait.

Le Recueil périodique de Dalloz contient, à la suite de l'arrêt du 2 mai 1866, un remarquable article de M. Fr. Mourlon, où cet auteur, après avoir résumé, en la fortifiant par la puissance de sa dialectique et de son style, ma dissertation de 1858, la combat avec une étonnante fertilité de ressources. L'article est parfait d'un bout à l'autre, et je ne suis en désaccord avec l'auteur que sur un point : il croit que la seconde partie de sa discussion réfute la première; je pense au contraire que la première réfute la seconde, et j'espère le démontrer par une simple interversion qui donnera le dernier mot aux raisons puisées dans la première partie.

Ne pouvant rendre à M. Mourlon le même bon office dont je lui suis redevable, c'est-à-dire fortifier ses arguments en les résumant, je vais reproduire textuellement les passages principaux de la seconde partie de son travail.

« Les auteurs que nous voulons combattre, dit M. Mourlon, ont habilement choisi leur terrain. Au lieu de se demander,

Digitized by Google

comme ils le devaient, si la loi oblige indistinctement et les héritiers de la veuve, du mineur devenu majeur ou de l'interdit relevé d'interdiction, et les héritiers de la femme décédée non veuve, du mineur ou de l'interdit décédé en état d'incapacité, ils restreignent le débat aux enfants mineurs que la femme a laissés sous la tutelle de leur père, et ils obtiennent ainsi, en le circonscrivant et en le spécifiant, un concours de circonstances éminemment favorables. Là est le secret de leur force et, ajoutons-nous, l'explication de leur erreur. Si, en effet, nous voulons sincèrement avoir la pensée de la loi, nous devons porter le débat là où le porte la nature même des choses. A une question d'espèce substituons une question de principe, et tout s'éclaircira. »

Je suis magistrat; je ne choisis pas les affaires qui sont portées devant moi. Voici une question d'espèce, régie par l'article 8 de la loi de 1855, mais donnant lieu à une application particulière de cet article. Il ne m'est pas permis de sortir des limites de cette question. Vous reconnaissez que l'une des parties, le mineur, est sur un terrain de choix, et que sa cause, circonscrite et spécifiée comme l'est tout débat judiciaire, est entourée de circonstances éminemment favorables, et en même temps vous voulez que je fasse abstraction de ces circonstances dans lesquelles il puise, selon vous, le secret de sa force, et, selon moi, son droit, et que, pour éclaircir le procès actuel, j'étudie d'autres questions que la rédaction incomplète de l'article 8 vous fait prévoir. Vous m'appelez sur le terrain de la justice en grand devant laquelle s'effacera une iniquité de détail dont vous pensez que le plaideur qui est devant moi doit prendre son parti. Je vais vous suivre, pour mon instruction; mais auparavant il faut que je remplisse mon devoir de juge dans le procès du jour. Le texte de l'article 8 m'oblige-t-il de condamner ce mineur dont la cause est si éminemment favorable? Certainement non. Il y a, dit-on, dans ce texte un mot défectueux : oui, et il y en a même plus d'un; mais, dans son imperfection, le texte a cela de bon qu'il protége ce mineur contre une injustice. Fallût-il considérer l'article 8 comme un filet destiné à retenir tout ce qui y est pris, je ne regretterais pas que l'équité y trouvât un défaut pour s'échapper. L'esprit de la loi est-il contraire à la lettre sur le point dont il s'agit? Non, je l'ai démontré de

Digitized by Google

toutes manières, et c'est principalement sur les moyens du fond que ma conviction s'établit. J'opine donc fermement pour ce mineur, et, si je le puis, je lui fais gagner sa cause.

Ce devoir rempli, je vais étudier avec M. Mourlon d'autres applications de l'article 8 et concilier, autant que possible, la justice vue de haut avec le droit examiné de près dans son application à un intérêt particulier. Toutefois, si je n'y parviens pas, je ne regretterai pas mon vote. Chaque plaideur doit recueillir le bénéfice de sa situation spéciale, et une cause qui est bonne par un motif exceptionnel ne doit pas être sacrifiée à des idées de généralisation et de concordance.

Revenons à la dissertation de M. Mourlon.

« La loi, dit cet auteur, oblige-t-elle les héritiers de la femme décédée non veuve, du mineur ou de l'interdit décédé en état de minorité ou d'interdiction.....? Ses prescriptions concernent-elles les héritiers quels qu'ils soient des bénéficiaires originaires de l'hypothèque, ou simplement leurs héritiers majeurs, et parmi leurs héritiers mineurs ceux-là seulement qui ont pour tuteur toute autre personne que leur débiteur? Voilà ce que nous devons rechercher. »

Oui, voilà ce que nous devons rechercher pour nous instruire de la portée générale de l'article 8. Quant à notre question, je l'ai posée dans ses termes propres et je l'ai examinée dans tous ses éléments. Du reste, j'admets sans restriction le principe de l'article 8. La dispense d'inscription doit cesser avec l'incapacité du créancier. Malgré l'insuffisance des termes de l'article, je ne fais aucune difficulté d'appliquer sa disposition à tous les bénéficiaires de l'hypothèque légale et à tous leurs héritiers, même aux mineurs héritiers de la femme ou de la veuve, pourvu qu'ils ne soient pas sous la tutelle du débiteur des reprises. Vous me demandez pourquoi je m'arrête-là dans ma concession. La raison en est simple : j'étends l'article 8 au delà de ses termes et jusqu'à la limite de son principe. Dites-moi ce qui vous autorise à dépasser cette limite?

Ici, je dois répondre à une objection de M. Verdier (*Transcrip. hypoth.*, t. II, n° 626). « Il est certain, dit M. Verdier, que le mineur héritier de l'hypothèque légale de sa mère, est tenu de faire inscrire cette hypothèque si le tuteur n'est pas le mari survivant, car celui-ci n'ayant pas d'intérêt contraire

Digitized by Google

à celui de son pupille, ne négligera pas de prendre inscription. S'il en est ainsi, où trouvera-t-on la distinction que l'on voudrait établir arbitrairement entre le cas d'un héritier majeur, ou d'un héritier mineur n'ayant pas son père pour tuteur, et le cas d'un héritier mineur placé sous la tutelle légale de son père ? »

Le fondement de cette distinction se trouve précisément dans cette considération indiquée par l'auteur, que lorsque c'est le mari, débiteur de la dot, qui est tuteur de l'héritier de sa femme, il a un intérêt contraire à celui de son pupille, relativement à l'inscription de cette créance. Le fondement de cette distinction se trouve encore en ce que dans le cas d'un tuteur autre que le mari survivant, il ne s'agira plus de la continuation, sous un autre nom, d'une seule et même hypothèque. Il y aura deux hypothèques parfaitement distinctes. Le titre, la créance, le débiteur, les immeubles hypothéqués ne seront plus les mêmes. L'hypothèque contre le tuteur garantira l'inscription, ou garantira des suites du défaut d'inscription de l'hypothèque contre le mari devenu veuf.

Je reviens à la dissertation de M. Mourlon. Voici l'argument auquel il paraît attacher le plus d'importance :

« En ce qui regarde les héritiers de la veuve, du mineur devenu majeur, de l'interdit relevé de l'interdiction, on est d'accord que la loi les oblige sans se préoccuper de leur état. La prescription étant absolue répugne, on le reconnaît, à toute distinction. Ainsi à la mère survivante succède un parent placé sous la tutelle de son mari; ainsi encore le mineur devenu majeur, l'interdit relevé d'interdiction, décède laissant pour héritiers soit un autre mineur ou interdit soumis au tuteur qu'avait le défunt, soit la femme de ce tuteur. Dans ces hypothèses l'héritier devra, sous peine d'encourir la déchéance édictée par la loi, requérir l'inscription de l'hypothèque qui lui a été transmise. Il le devra quoiqu'il soit sous l'autorité d'un tuteur dont l'intérêt est contraire au sien. Donc, de l'aveu de tout le monde, la loi oblige tous les héritiers de la veuve, du mineur devenu majeur, ou de l'interdit relevé d'interdiction, leurs héritiers même interdits, mineurs, ou femmes mariées, et parmi ces derniers, ceux-là même qui exceptionnellement se trouvent sous la tutelle ou sous le joug marital de leur débiteur. D'où vient qu'à cet égard nous n'avons pas d'ad-

Digitized by Google

versaires? La raison en est bien simple. Si, sur ce chef, nous sommes tous d'accord, c'est que nous comprenons tous qu'ayant à appliquer une loi générale, nous la devons prendre dans toute son étendue, et par conséquent la suivre *même sur les cas particuliers où son esprit paraît n'être pas à l'aise.* »

Ces derniers mots voilent ingénieusement un démenti donné à la maxime qui honore le plus la science du droit : *Scire leges non est verba tenere sed vim ac potestatem.* Si les cas présentés par M. Mourlon devaient recevoir la solution sur laquelle il pense que tout le monde est d'accord, non-seulement l'esprit de la loi ne serait pas à l'aise devant ces déplorables résultats, car le crédit immobilier n'exige rien de pareil, mais la conscience des tribunaux serait à la torture, et notre article 8, dépassant son but, et frappant en aveugle, ferait presque autant de mal que de bien.

Supposons cependant qu'il dût en être ainsi, l'argument qu'en tire M. Mourlon ne serait pas admissible. Il se réduit à dire que l'article 8, avec ses accidents de rédaction au nombre desquels il faut bien, sous un rapport, compter le mot *la veuve*, comprenant plusieurs cas où son application est aussi anormale, et presque aussi contraire à l'équité que dans le cas spécial de notre mineur, il faut y comprendre aussi ce dernier cas quoique ce mot *la veuve* l'exclue. Ainsi le mot *la veuve* serait bon pour appliquer la déchéance, mais non pour la limiter. Je sais bien que la loi peut être étendue d'un cas à un autre par parité de raison, mais je n'admets pas qu'elle puisse l'être par parité d'injustice. En sorte que si ce que je vais dire pour préserver les créanciers incapables dont parle M. Mourlon de la perte de leur hypothèque, n'était pas accueili, ce ne serait pas un motif pour faire perdre aussi la sienne à notre mineur qui a la bonne fortune d'être protégé par une rédaction dont l'insuffisance laisse les autres à découvert. L'imperfection du texte de l'article 8 donne lieu à une application conforme au droit, et à d'autres qui y sont contraires : M. Mourlon repousse l'une et accepte les autres. En faisant tout l'opposé j'obéis bien plus sûrement à l'intention du législateur.

Et en effet, il suffit d'interpréter la loi en ami, et non pas en ennemi, pour n'en faire découler que d'excellentes dispositions. Je ne renonce à aucun des arguments fondés sur le

Digitized by Google

mot *la veuve*, qui ne peut être retranché de la loi au préjudice d'un droit qu'il sauvegarde, quand même il paraîtrait que le législateur n'en a aperçu ni l'utilité ni l'insuffisance. Mais, je tiens à le redire, les arguments qui déterminent surtout ma conviction sont ceux que j'ai puisés dans les principes de la loi; ces arguments sont indépendants de l'emploi du mot *veuve* ou du mot *femme*. Ils s'appliquent aux hypothèses de M. Mourlon, et ils les exceptent de l'obligation imposée par l'article 8.

J'ignore comment M. Mourlon s'est assuré de l'avis de tout le monde sur les questions qu'il pose. Sans doute, ceux qui pensent que le mineur héritier de sa mère, et placé sous la tutelle de son père, est régi par l'article 8, doivent penser qu'il en est de même des héritiers dont il s'agit dans ces hypothèses. Mais ceux qui partagent mon opinion relativement à ce mineur doivent l'étendre aux cas proposés. Dans ces cas, en effet, la situation, quoique moins digne d'intérêt, est cependant la même au point de vue juridique. Ce sont aussi des créanciers qui ont accepté des hypothèques conventionnelles, ou obtenu des hypothèques judiciaires, en présence d'une hypothèque légale antérieure, et qui, n'ayant aucun intérêt à ce que subséquemment il soit pris une inscription pour cette hypothèque légale, ne doivent, ni en équité ni en droit, profiter de l'omission de cette formalité. C'est aussi un incapable succédant à un incapable. Enfin, c'est aussi une hypothèque dispensée d'inscription succédant, pour la même créance, contre le même débiteur, sur les mêmes biens, à une autre hypothèque dispensée d'inscription, laquelle n'a changé que de nom en changeant de titulaire. C'est par conséquent une dispense d'inscription se continuant, sans interruption, depuis l'origine de la première hypothèque jusqu'à l'extinction de la seconde; de telle sorte qu'il ne peut pas arriver qu'un tiers ayant contracté avec le débiteur pendant leur durée, soit fondé à se plaindre du défaut d'inscription de l'une ou de l'autre.

Prenons, parmi les hypothèques de M. Mourlon, la moins favorable. Un mineur décède laissant pour héritière la femme de son tuteur. La créance pupillaire devient créance dotale et continue d'être dispensée d'inscription. Le même article 8 qui aurait obligé un autre héritier de s'inscrire dans l'année de la cessation de la tutelle, en dispense la femme jusqu'à l'expira-

Digitized by Google

tion d'une année après la dissolution de son mariage. Peu importe aux tiers qui ont déjà contracté, que l'incapacité n'affecte pas la même personne, puisque la dispense d'inscription qui en résulte ne reçoit aucun changement dans ses effets.

L'une des conditions de ma thèse est que les immeubles grevés de la première hypothèque le soient aussi de celle qui lui succède. Un mari vend des immeubles qui passent à l'acquéreur grevés de l'hypothèque légale de sa femme. Celle-ci meurt laissant des enfants mineurs qui ne font pas inscrire son hypothèque. Ces mineurs n'ayant pas de droit hypothécaire de leur chef sur des immeubles vendus par leur père avant l'ouverture de la tutelle, ne pourront pas prétendre que la dispense d'inscription s'est continuée en leur faveur. Cependant le tribunal de Saint-Affrique aurait décidé le contraire par un jugement du 8 mars 1866. Si je ne me trompe pas sur l'espèce, il aurait mal appliqué des principes excellents.

M. Mourlon invoque ce passage de M. Demolombe (*Success.*, t. I, n° 525) : « Il arrive souvent qu'une hypothèse spéciale se trouve comprise dans un texte général où le législateur a eu en vue les hypothèses les plus ordinaires et les plus communes. En pareil cas, il faut appliquer le texte général à toutes les hypothèses sans distinction, même aux hypothèses particulières dans lesquelles ne se rencontrent point les motifs qui ont déterminé le législateur. »

Cette réflexion de M. Demolombe est juste pour le cas auquel il l'applique; mais il ne faut ni la prendre dans un sens absolu, ni surtout en étendre la portée. M. Demolombe n'a pas dit, et ne peut pas avoir voulu dire, qu'un texte général doit s'appliquer à tous les cas spéciaux qu'embrasse sa généralité littérale, même à ceux dans lesquels non-seulement les motifs qui ont déterminé le législateur ne se rencontrent pas, mais où se rencontrent des motifs tout contraires [1].

Il est, à la vérité, de règle que lorsque la loi et l'équité ne s'accordent pas, la loi doit prévaloir. Cela arrive lorsqu'une loi, équitable en elle-même, et la loi l'est toujours, se ren-

[1] Cette dissertation était terminée lorsque j'ai été dans le cas de consulter les lois civiles de Domat, à la section intitulée *De l'usage et de l'interprétation des règles* (liv. I, tit. 1, sect. 2). J'invoque, à l'appui de mon interprétation de la loi de 1851, les préceptes éternellement vrais qui sont enseignés par Domat.

Digitized by Google

contre avec des circonstances de fait où son application ne l'est pas, par exemple lorsqu'un testament nul par vice de forme, exprime avec certitude une volonté juste, ou lorsqu'une déchéance atteint un droit d'ailleurs bien établi, etc. Dans des cas semblables il ne faut pas s'en prendre à la loi qui n'en a pas moins eu raison de soumettre les actes à certaines formes, et la conservation des droits à certaines conditions. Mais si, indépendemment de toute particularité de fait, l'application d'un texte général à des cas susceptibles d'être prévus est inique, et toujours inique, par la faute de ce texte, comme s'il en résultait une obligation imposée à des personnes incapables de la remplir, alors la conscience du juge l'avertit qu'il faut chercher, ou dans les principes de la matière, ou dans d'autres dispositions, le fondement d'une distinction. Et il doit toujours se trouver : nos lois sont toutes inspirées par la justice et dirigées vers elle. Cette communauté de principe et de but forme de leurs dispositions un réseau à travers lequel l'iniquité ne peut pas s'introduire.

De ce que j'ai dit sur les hypothèses présentées par M. Mourlon il résulte que leur analogie avec la nôtre, loin de les soumettre toutes à la déchéance prononcée par l'article 8, a pour conséquence de toutes les y soustraire.

Cette solution me dispense de suivre M. Mourlon dans tous les développements qui ont pour objet de faire ressortir la contradiction qu'il y aurait à ce que des héritiers d'une femme, placés dans de semblables conditions d'incapacité, fussent, les uns obligés, les autres dispensés de requérir l'inscription voulue par l'article 8, selon que cette femme serait décédée avant ou après son mari. En soumettant tous ces cas à une même règle, j'ai tari la source de ces arguments. Mais, je le répète, si je me trompais sur ce point, la cause de notre mineur ne devrait pas en souffrir, mieux vaudrait laisser des contradictions dans la loi que de la rendre concordante en généralisant son injustice.

« Venons, continue M. Mourlon, aux héritiers de la femme décédée non veuve, du mineur ou de l'interdit décédé en état de minorité ou d'interdiction. La loi, dit-on, ne s'est point occupée d'eux, or puisqu'on n'a, à leur égard, aucun texte à suivre, l'esprit de la loi doit être seul consulté. Partant, deux cas sont à considérer : les héritiers dont la loi ne parle pas,

Digitized by Google

sont-ils sous la tutelle ou le joug marital de leur débiteur, le Code Napoléon continue de les régir puisqu'ils sont incapables. Sont-ils, au contraire indépendants de leur débiteur, il faudra, puisqu'ils sont capables, leur appliquer par analogie les prescriptions de la loi nouvelle. »

C'est là ma pensée, et elle ne perd pas de sa valeur sous la plume de M. Mourlon. Seulement je ne vais pas jusqu'à dire que le législateur ne s'est pas occupé des héritiers de la femme décédée non veuve. Il ne s'en est pas occupé nommément; mais *scire leges non est verba tenere*. Je ne dis pas non plus que les héritiers, non littéralement compris dans la disposition de l'article 8, sont régis, les uns par cet article, les autres par le Code Napoléon, car je n'ai besoin que de l'article 8 pour justifier toutes mes solutions. Enfin, je soumets également à l'article 8 et les héritiers de la veuve, et, par analogie, les héritiers de la femme, n'exceptant, par défaut d'analogie, que ceux de ces héritiers qui ont une hypothèque légale dispensée d'inscription contre le débiteur des reprises.

Comment M. Mourlon répond-il à ce système qu'il résume très-bien? En continuant de lui imputer les contradictions que j'ai fait disparaître, et dont il donne l'hypothèse suivante comme l'exemple le plus saillant.

« Deux mineurs ont pour sœur la femme de leur tuteur. L'un atteint sa majorité et meurt; l'autre décède en minorité le même jour que son frère. Leur sœur qui leur succède, sera-t-elle, quant aux hypothèques qu'elle tiendra d'eux, régie par la loi nouvelle, ou par le Code Napoléon? Il faudrait distinguer: elle devra inscrire, conformément à la loi nouvelle, l'hypothèque que lui a transmise son frère décédé majeur; au contraire, elle pourra, conformément au Code Napoléon, conserver occulte l'hypothèque qu'elle tient de son frère décédé mineur. Que de plus habiles que nous cherchent à cette distinction un fondement légitime! »

La distinction ne doit pas avoir lieu, et par conséquent il n'y a pas à en chercher le fondement. L'article 8 soumet le mineur devenu majeur et ses héritiers à prendre inscription dans l'année de la cessation de la tutelle, et parce que ce texte ne comprend pas expressément les héritiers du mineur décédé mineur, M. Mourlon suppose que, dans notre système, la déchéance prononcée par cet article ne les atteindrait pas. Il

Digitized by Google

n'en est rien. Cette déchéance les atteint par identité de motifs. Mais comme, dans l'exemple donné, les créances pupillaires des deux défunts viennent faire partie des reprises matrimoniales de leur sœur, lesquelles sont garanties par une hypothèque dispensée d'inscription jusqu'à l'expiration d'une année après la dissolution du mariage, ce sera seulement alors que la déchéance sera encourue, tant pour la créance du frère décédé mineur, que pour celle du frère décédé dans sa vingt-deuxième année. Les créanciers postérieurs au décès des deux frères ne seront pas recevables à se plaindre du défaut d'inscription dans l'année de ce décès, puisque l'hypothèque légale de la femme héritière, suffit pour lui donner un rang préférable au leur. Et quant aux créanciers antérieurs à ces décès, comme une inscription requise après leurs contrats n'aurait rien changé à leur situation, l'omission de cette inscription ne peut rien non plus y changer. A l'égard des uns et des autres la créance des frères décédés continue d'être dispensée d'inscription.

Mais M. Mourlon va faire à mon système un reproche bien inattendu. Après avoir insisté sur les difficultés que je viens d'aplanir, il ajoute :

« Ce n'est pas tout, la loi ne se serait point occupée des héritiers de la femme décédée non veuve, du mineur ou de l'interdit décédé en état de minorité ou d'interdiction, et néanmoins ils la devront subir quand ils sont majeurs et non interdits. L'esprit dans lequel elle a été conçue s'étend jusqu'à eux! Est-ce juste? Quoi, si ces héritiers n'ont pas satisfait à cette loi qui ne s'occupe pas d'eux, ils encourront la déchéance qu'elle applique à ceux qu'elle oblige! Depuis quand ruine-t-on les gens sur une simple analogie? Est-il besoin de rappeler que les déchéances sont de droit étroit, et qu'ainsi aucun raisonnement ne peut les étendre des cas auxquels la loi les applique aux cas qu'elle ne prévoit pas. »

Cette extension que je donne à la loi, M. Mourlon la lui donne tout le premier, et il a grandement raison. Il est certain que l'article 8 pris à la lettre ne comprend dans sa disposition ni les héritiers de la femme décédée avant son mari, ni les héritiers du mineur décédé mineur. Cependant M. Mourlon leur applique la déchéance prononcée par cet article : Pourquoi, si ce n'est par analogie? Il est vrai qu'ici ces cas ana-

Digitized by Google

logues rentrent si évidemment dans l'intention du législateur qu'il n'y a nulle difficulté à faire fléchir à leur égard la règle que les déchéances sont de droit étroit. Parce que nous invoquons un mot du texte, M. Mourlon veut nous y emprisonner. Il nous demande depuis quand on ruine les gens par analogie. Mais on juge par analogie depuis qu'il y a des lois et des juges, car les lois ne peuvent pas tout prévoir. Et moi je demande, à mon tour, depuis quand on ruine les gens sans pouvoir se fonder ni sur un texte, ni sur une analogie? Remarquez en effet comment la thèse adverse procède. Elle commence, en s'appuyant avec raison sur l'identité de motifs, par étendre l'article 8, d'une manière générale, aux héritiers de la femme décédée avant son mari, du mineur décédé avant sa majorité, de l'interdit décédé avant la mainlevée de l'interdiction, et, une fois établie sur ce terrain, elle veut comprendre notre mineur dans la même solution; mais l'extension par analogie ne peut aller plus loin que l'analogie, et ici la thèse adverse rencontre une dissemblance fondamentale. Alors c'est à moi qu'il appartient de dire que les déchéances sont de droit étroit et qu'aucun raisonnement ne peut les étendre des cas auxquels la loi les applique à ceux qu'elle ne prévoit ni expressément ni implicitement. Quoi, dirai-je, en empruntant les paroles de M. Mourlon, notre mineur n'a point satisfait à cette loi qui ne s'occupe point de lui, et il encourra la déchéance qu'elle applique à ceux qu'elle oblige!!

Dans la suite de son article, M. Mourlon étudie l'élaboration mentale de laquelle est sortie la mauvaise rédaction de l'article 8, et il croit découvrir que la pensée du rédacteur est celle-ci : « L'inscription sera prise par la femme *si elle est veuve*, par le mineur *s'il est majeur*, par l'interdit *s'il est relevé de son interdiction*, ou si la femme, le mineur et l'interdit sont morts durant le mariage ou la tutelle, par leurs héritiers. »

Il y a de la finesse dans cette analyse, et j'ai peu d'intérêt à en contester le résultat puisqu'il n'infirmerait que mes moyens tirés du texte, laissant intacts ceux tirés du fond auxquels je tiens principalement. Mais l'ellipse est un peu forte, et, en supposant la paraphrase exacte, elle a trop de mérite comme découverte ingénieuse pour qu'il lui en reste aucun comme argument. Le Corps législatif ne rédige pas les lois, il les vote, et il les vote, non dans un sens énigmatique et caché,

Digitized by Google

mais dans leur sens apparent, et tel qu'il est développé dans les exposés des motifs.

« La dispense d'inscription, est-il dit dans l'exposé des motifs de l'article 8, sera maintenue tant que sera maintenue sa raison d'être, tant que la femme est dans la dépendance du mari....., tant que le mineur est sous l'autorité d'un tuteur toujours disposé à se défendre contre toute inscription si elle était nécessaire..... Mais quand la capacité sera venue à l'un et à l'autre, etc. »

Voilà le sens de l'article 8 très-clairement fixé.

Cependant un honorable écrivain, M. Verdier (*Transcription*, t. II, n° 626), a fait subir à ce passage une traduction à peu près dans le genre de celle sur laquelle je viens de m'expliquer. « Quant aux expressions qui sont relevées de l'exposé des motifs, dit M. Verdier, on les détourne de leur véritable sens. Dans le passage d'où on les extrait, il n'est pas question des héritiers de l'incapable, mais de l'incapable lui-même; ce qui le démontre, c'est la phrase qui suit : « Mais quand la capacité sera venue à l'un et à l'autre « (à la femme devenue veuve, au mineur devenu majeur), le « besoin de la publicité reprendra tous ses droits. »

Le sens de l'exposé des motifs est si manifeste que la parenthèse ajoutée par M. Verdier ne saurait l'obscurcir. Évidemment il signifie que pour faire reprendre au besoin de la publicité tous ses droits, il faut que la capacité soit venue à quelqu'un, et au créancier apparemment. Or quand la femme meurt laissant un fils mineur sous la tutelle de son père, à qui la capacité est-elle venue? Est-ce à la femme morte ou à son fils mineur? La capacité n'est venue à personne. Il faut donc, comme le dit l'exposé des motifs, maintenir la dispense d'inscription puisque sa raison d'être est maintenue, la mort de la femme n'ayant pas fait passer la créance à un titulaire capable, à moins qu'on n'admette cette absurdité, que le mineur incapable de requérir inscription de son chef est néanmoins capable de requérir inscription du chef de sa mère.

Jusqu'à présent M. Mourlon n'a discuté que la partie très-secondaire de ma thèse, c'est-à-dire les arguments portant sur le mot *la veuve*, et il n'y a lui-même opposé que des moyens purement littéraux. Mais voici qui va un peu s'adresser au fond. En parlant de la protection qui, d'après lui, serait refusée au

Digitized by Google

mineur comme héritier de sa mère, M. Mourlon s'exprime ainsi :

« Ce déni de justice, si injustice il y a (peut-on nommer autrement une déchéance sans motif), le Code Napoléon s'en est lui-même rendu coupable. Soit l'espèce suivante : une femme non mariée a sur les biens de Paul une hypothèque judiciaire inscrite. Cette femme épouse Paul, son débiteur. Elle a donc sur les biens de son mari deux hypothèques distinctes, savoir une hypothèque judiciaire et une hypothèque légale. Que décide le Code? Qu'elle devra veiller à la publicité de son hypothèque judiciaire, tandis qu'elle pourra tenir occulte son hypothèque légale. Cette femme devient veuve et laisse pour héritiers des mineurs dont la tutelle est gérée par l'héritier de son mari. Ces mineurs ont sur les biens de leur tuteur trois hypothèques, savoir, d'une part, l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque légale que leur mère leur a transmise, et, d'autre part, l'hypothèque de tutelle qui leur appartient de leur chef. Parmi ces trois hypothèques, les deux premières seront, l'une en vertu du Code Napoléon, l'autre en vertu de la nouvelle loi, soumises à la formalité de l'inscription, tandis que la troisième en sera dispensée tant qu'ils resteront mineurs, et même pendant un an encore après leur majorité. »

Attachons-nous seulement à la première partie de l'hypothèse, car c'est là que réside l'objection, et supposons que la femme de Paul se présente dans un ordre des créanciers de son mari pour être colloquée, non pas à la date de son contrat de mariage, mais à la date plus ancienne de l'inscription de son hypothèque judiciaire, inscription qu'elle a laissée périmer. Elle dira aux créanciers qui opposeront cette péremption que lorsqu'ils ont eux-mêmes pris leurs inscriptions, la sienne subsistait encore, et qu'elle a pu se dispenser de la renouveler parce que son mariage avec son débiteur lui a donné, avant l'expiration des dix ans, une hypothèque légale pour la même créance et sur les mêmes biens. C'est cette prétention que M. Mourlon assimile à celle de notre mineur qui invoque sa propre hypothèque légale comme l'ayant dispensé d'inscrire celle de sa mère. Dans les deux cas, les créanciers ont contracté en présence d'une hypothèque antérieure à la leur. Dans les deux cas, on voit, pour la créance de la femme, une hypothèque succéder, sans interruption, à une autre hypo-

Digitized by Google

thèque. Si l'on s'arrête à ce rapprochement superficiel, il semble, en effet, qu'il y a pareille injustice à faire perdre, dans l'un des cas, à la femme en vertu du Code Napoléon, dans l'autre, au mineur en vertu de la loi de 1855, leur droit d'antériorité.

Mais cette analogie n'est pas juridique. Les hypothèques judiciaires sont soumises à la publicité, et le défaut de renouvellement d'une inscription peut être opposé même par les créanciers qui ont contracté pendant que cette inscription était encore en vigueur. C'est une conséquence nécessaire du système de renouvellement, comme je l'ai fait remarquer dans ma dissertation de 1858. La femme ne peut, dans l'espèce, faire valoir son hypothèque judiciaire que conformément aux règles propres à cette espèce d'hypothèques. Prétendre que son mariage qui lui a donné, pour la même créance, une hypothèque légale, l'a dispensée de renouveler l'inscription de son hypothèque judiciaire, ce serait, pour nous servir, et avec raison cette fois, des expressions de la Cour de cassation, transporter dans le système qui règle le sort des hypothèques judiciaires ou conventionnelles, une disposition qui n'est applicable qu'au cas des hypothèques légales.

Lorsqu'un mineur succède à sa mère et se trouve sous la tutelle de son père, son titre pour les reprises reste le même, et il n'y a rien de changé, relativement aux tiers, quant au droit hypothécaire transmis de la mère au fils. C'est pourquoi je soutiens que le mineur étant dispensé d'inscription comme mineur, en est par là même dispensé comme héritier de sa mère, l'inscription qui serait prise en l'une ou en l'autre de ces deux qualités ne pouvant contenir que les mêmes énonciations.

Il en est autrement dans l'exemple sur lequel M. Mourlon fonde son objection. La créancière qui épouse son débiteur acquiert contre lui un nouveau titre, différent de l'ancien, un titre qui proroge indéfiniment l'échéance, qui change la situation à l'égard des tiers, et qui, étant ou pouvant être ignoré d'eux, ne saurait leur être opposé comme l'équivalent du renouvellement de l'inscription du titre primitif. Cette inscription indiquait l'époque de l'exigibilité. Les tiers, en prêtant leurs fonds, ont pu compter sur le payement de la créance antérieure à la leur, au terme énoncé. Voyant ensuite que la

Digitized by Google

créancière dont ils ignorent ou peuvent ignorer le mariage, a laissé périmer son inscription, ils considèrent sa créance comme éteinte, ou, du moins, comme ayant perdu son rang hypothécaire, et ils se dispensent d'exiger des suppléments de garantie ou d'exercer des poursuites qui pourraient sauver leur propre créance s'ils la croyaient encore primée par celle de la femme. En cas de saisie ou de vente volontaire des immeubles hypothéqués, le créancier antérieur au mariage de son débiteur n'a pas à s'inquiéter de l'hypothèque légale de la femme de celui-ci. Il se détermine à enchérir ou à surenchérir selon le montant des créances inscrites avant la sienne, et si, dans l'état des inscriptions, il ne voit pas figurer celle de l'hypothèque judiciaire, il n'en tient pas compte dans le calcul dont il fait la base de sa détermination. De là pourraient résulter des préjudices, des pertes, si le mariage de la créancière avec son débiteur la dispensait de renouveler son inscription. L'injustice que la thèse adverse fait produire à la loi de 1855 ne trouve donc pas, dans le Code Napoléon, un précédent qui l'excuse.

Après avoir donné à l'article 8 des applications contraires à l'équité et aux principes généraux de la matière, M. Mourlon termine ainsi sa dissertation :

« Au reste, qu'importe! prise dans son ensemble notre loi est très-sage... Elle aurait dû peut-être aborder les détails, et, distinguant les espèces, apporter des limites à son principe. Mais comme les cas exceptionnels où il peut manquer de logique sont, en fait, fort rares, elle les a laissés inaperçus. Qu'on ne nous oppose pas que l'hypothèse qui fait l'objet de ce débat, étant de nature à se présenter souvent, a dû la frapper et attirer sur elle son attention; elle l'aurait prévue peut-être si elle avait concentré sa pensée sur les héritiers des femmes; mais, ne l'oublions point, elle embrassait à la fois dans sa disposition et les héritiers des femmes, et les héritiers des mineurs, et enfin les héritiers des interdits. Or, si on se place à ce point de vue général, notre proposition reste rigoureusement exacte, et conséquemment tout à fait décisive; elle ne cesserait de l'être qu'autant qu'on reconnaîtrait aux juges le droit de juger la loi elle-même et de la condamner ou de ne point la suivre, lorsque, sur quelque chef, leur propre raison ne va point d'accord avec elle. »

Digitized by Google

Je vais me permettre ici un genre de critique qui serait déplacé s'il s'adressait à M. Mourlon, dont je reconnais la haute supériorité comme jurisconsulte et comme écrivain, mais qui, s'adressant à la thèse adverse concentrée dans ce paragraphe final, montre que la plus habile argumentation ne peut en couvrir les inconséquences. La loi est très-sage, nous dit cette thèse, cependant elle aurait dû *aborder les détails et apporter des limites à son principe*. Si elle ne l'a pas fait, c'est que les cas exceptionnels où elle peut manquer de logique sont *fort rares*, quoique l'un d'eux *soit de nature à se présenter souvent*. Pourquoi n'a-t-elle pas abordé ces détails? Parce que son attention s'est portée sur des généralités, et que les détails sont restés inaperçus. Tout cela revient à dire que, sans y penser, et en s'occupant trop exclusivement de beaucoup d'autres choses, la loi a entendu régir l'espèce dont il s'agit, en sorte que cette volonté devant laquelle le juge devrait faire le sacrifice de sa raison, est une volonté que le législateur a eue sans s'en apercevoir.

Oui, la loi est très-sage; mais il n'appartient qu'aux partisans de mon opinion ne lui rendre cet hommage. Si elle n'a pas apporté d'exception à son principe pour les hypothèses que j'ai discutées, et particulièrement pour celle de notre mineur, c'est que ce principe, dans son expression vraie, dans son expression officielle, ne les comprend pas. La dispense d'inscription cessera lorsque cessera sa raison d'être : voilà le principe que le législateur a entendu consacrer. Et comme la raison de cette dispense subsiste en faveur de notre mineur, aussi bien pour l'hypothèque de sa mère que pour sa propre hypothèque, il n'est pas atteint par le principe de la loi, en sorte que si le législateur (ici je suppose l'impossible), eût voulu le soumettre à l'obligation d'inscrire dans l'année de la dissolution du mariage, il aurait fallu qu'il dérogeât à ce principe par une exception, afin de faire cesser la dispense d'inscription dans un cas où la raison d'être de cette dispense n'a pas cessé, et il aurait exprimé cette exception en termes d'autant plus clairs qu'il se serait attendu à y trouver toutes les intelligences rebelles.

La loi de 1855 bien interprétée est une bonne loi. Je fais des vœux pour que la jurisprudence non encore fixée la maintienne telle. NICOLLET.

Digitized by Google

OBSERVATIONS SUR LE MÉMOIRE DE M. BATBIE,

INTITULÉ

RÉVISION DU CODE NAPOLÉON.

Par M. A. Duverger,
professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite*[1]. *Réplique à M. Batbie.*)

VI.

Mon cher collègue,

Dans votre *deuxième lettre*, en réponse à mes observations sur votre mémoire, vous avez repris, d'abord et sommairement, la défense de vos propositions relatives au mariage; puis vous avez développé votre thèse sur l'abolition du conseil judiciaire des prodigues.

Je me propose de répliquer, dans le même ordre, à vos trois argumentations.

Sur le premier chef, le mariage religieux, vous abandonnez le système que vous avez proposé[2]; vous préférez, du moins, l'adoption immédiate du système italien.

Vous ne concevez pas que l'on puisse maintenir ce que j'appellerai le système français : droit de refuser la cohabitation;

[1] Voy. tome XXVIII, p. 308; tome XXIX, p. 116, et ci-dessus, p. 128.

[2] J'ai combattu votre proposition, non parce qu'elle décomposait le mariage *en trois actes*, mais parce que cette décomposition entraînerait de graves inconvénients. Vous n'écartez pas du tout mes objections en remarquant que l'adoption, la donation et la constitution d'hypothèque se font ou peuvent se faire *en plusieurs actes*. — Vous convenez que vous auriez pu vous expliquer plus clairement, mais vous vous étonnez que vos contradicteurs n'aient pas reconnu qu'il s'agissait d'*une solennité* et non d'*une condition*, à ce trait caractéristique : le mariage n'aurait produit d'effet qu'après la mention de la célébration religieuse, et la mention n'aurait été faite qu'avec le concours des deux volontés. « C'est surtout, dites-vous, la « nécessité de ce consentement qui est exclusif de la condition. » Vous oubliez que les contrats de mariage sont faits sous la condition *si nuptiæ sequantur*, et que cette condition dépend du consentement des parties.

Digitized by Google

droit de faire prononcer la séparation de corps. D'après vous, ces palliatifs empêchent l'oppression « comme une médecine « *pire que le mal* empêche la maladie [1]. »

Vous vous êtes beaucoup avancé, mon cher collègue, en poussant jusque-là le dédain pour les palliatifs que vous rejetez. Sous peine de consentir à l'oppression, vous pourrez être, après l'adoption du système italien, obligé de recourir aux remèdes que vous discréditez aujourd'hui.

Je suppose abrogé l'article 54 de la loi organique : il est désormais permis de recevoir la bénédiction nuptiale avant de se marier civilement. Une jeune fille, confiante dans la prudence de son père et de sa mère, confiante dans la loyauté de l'homme auquel ils accordent sa main, n'insiste pas pour que le mariage religieux précède le mariage civil. L'hypothèse n'est point invraisemblable. Il est entré si profondément dans les mœurs françaises d'aller à la mairie avant d'aller à l'église; on a si rarement entendu parler du refus d'accomplir le mariage religieux, que, souvent, après l'adoption du système italien, soit par habitude, soit à raison de convenances personnelles, d'arrangements de famille, que sais-je? de quelque circonstance imprévue, on ne ferait point difficulté de commencer par l'acte civil. Ce serait marquer au futur époux une défiance injurieuse que de n'admettre, pour aucune raison, le renvoi de la bénédiction nuptiale après le mariage légal.

Les parties se sont donc mariées d'abord à la mairie. La cérémonie religieuse sera célébrée le lendemain. Hélas! Le mari est l'homme de votre hypothèse. Le lendemain, il dit à sa femme: « J'avais trop présumé de mes forces, et le désir d'être uni « à vous m'avait décidé à passer sur toutes les exigences de la « religion, mais aujourd'hui j'ai réfléchi, et il m'est impos- « sible de participer à une cérémonie que mon incrédulité « profanerait [2]. » L'oppression reparaît donc — rarement, je l'accorde.— Qu'importe? N'avez vous pas très-bien dit : « L'op- « pression n'est que plus cruelle lorsque l'opprimé est seul, « *pessima servitus unius* [3]. »

Le fait se présentant, vous n'auriez pas, j'en suis sûr, la

[1] *Loc. cit.*, p. 214.
[2] M. Batbie, *Mémoire*, t. XXVIII, p. 130 en note, et t. XXX, p. 53.
[3] *Loc. cit.*, t. XXVIII, p. 130.

Digitized by Google

cruauté de répondre à cette femme trompée et opprimée : Résignez-vous ; vous êtes malheureuse par votre faute. Que ne vous êtes-vous mariée d'abord à l'église?—Non, vous sentiriez que, pour cette femme, le pire des malheurs est de vivre dans une union qui lui semble un concubinage; vous vous rappelleriez alors qu'il y avait jadis une jurisprudence et une doctrine qui sauvegardaient les droits de la conscience; vous vous empresseriez de conseiller le refus de cohabitation et la demande en séparation de corps.

N'accusez donc pas aujourd'hui la doctrine et la jurisprudence d'offrir *des remèdes pires que la maladie.*

Venons au système du Code italien. Vous mettez le législateur français en demeure d'abroger immédiatement l'article 54 de la loi de germinal an X et les articles 199 et 200 du Code pénal. Maintenir ces dispositions, ce serait persister dans « une contradiction manifeste. »

Vous me dites : « Le dilemme, si je ne me trompe, est la « forme de raisonnement que vous aimez le plus à employer [1]; « hé bien ! j'en ai un à vous proposer qui exprime parfaitement « ma pensée. De deux choses l'une : ou le mariage religieux « n'est rien aux yeux du législateur, et alors pourquoi les arti- « cles 199 et 200 du Code pénal, qui érigent en délit un acte « de religion ? — Ou le mariage religieux est un fait impor- « tant, et alors pourquoi le Code civil n'en tient-il aucun « compte [2] ? »

Je pourrais remarquer que vous n'êtes pas d'accord avec vous-même quand vous prétendez ici que la loi civile ne tient aucun compte du mariage religieux, et que vous affirmez, un peu plus loin, que l'indissolubilité absolue du mariage, consacrée par la même loi, est une conséquence du dogme catholique. Mais vous auriez la ressource de me répondre qu'il s'agit ici de la formation et non pas de la dissolution du mariage.

[1] Auriez-vous, mon cher collègue, gardé mauvais souvenir de quelque dilemme de ma façon? Vous voulez, semble-t-il, me traiter comme le renard de la fable :

On servit, pour l'embarrasser,
En un vase à long col et d'étroite embouchure...

[2] *Deuxième lettre*, ci-dessus, p. 214.

Digitized by Google

Je pourrais dire encore que la loi française tient compte du mariage religieux, puisqu'elle protége toute cérémonie d'un culte reconnu par l'État; je citerais les dispositions du Code pénal sur « les entraves au libre exercice des cultes » (art. 260 et suiv.), et celles de la loi du 25 mars 1822 qui punissent le fait « d'avoir outragé ou tourné en dérision une religion légalement établie en France [1]. » Mais vous objecteriez que ces textes ne sanctionnent pas la promesse de recevoir la bénédiction nuptiale. Je me borne donc à constater que l'esprit des lois précitées se concilie malaisément avec ce système : le mari peut, d'après l'esprit de notre législation, comme d'après son texte, se rire des scrupules de sa femme en matière de mariage religieux.

Sans plus m'arrêter à des fins de non-recevoir contre votre dilemme, je suppose que le mariage religieux n'est rien aux yeux du législateur français, et je réponds : Le Code Napoléon ne s'occupe pas du mariage religieux parce que, d'une part, il respecte la liberté de conscience et ne veut imposer ni la loi civile ni la juridiction civile aux consciences religieuses [2], et que, d'autre part, il ne peut pas abandonner aux lois religieuses et aux juridictions ecclésiastiques le pouvoir de régler et de juger ce qui concerne la formation du lien entre les époux.

Les articles organiques et le Code pénal défendent de célébrer le mariage religieux avant qu'il soit justifié du mariage civil, parce que — telle est la crainte du législateur — le mariage religieux ne serait pas toujours suivi du mariage civil, et que la société souffrirait de ce désordre [3].

« Pour garantir tout à la fois, dit M. Domolombe, *le maintien des principes de notre droit public et les intérêts de la so-*

[1] « Non-seulement la loi reconnaît la liberté des cultes; elle la protége « soit dans la personne de ses ministres, soit dans le respect dû aux choses « saintes, soit dans les exercices pieux..... » M. Batbie, *Traité de droit public*, t. III, n° 9.

[2] « La religion qui a son asile dans la conscience n'est pas du domaine de la loi. » Portalis, Discours sur l'organisation des cultes, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat*, p. 54.

[3] « Les choses religieuses ont une trop grande influence sur l'ordre public pour que l'État demeure indifférent sur leur administration. » Portalis, *ibidem*. — « Dans les matières mixtes, les souverains ont le pouvoir de faire des lois. » Le même, *Rapport sur les articles organiques, loc. cit.*, p. 140.

Digitized by Google

ciété civile et des familles, il est enjoint à tout ministre d'un culte de s'assurer, avant de procéder aux cérémonies religieuses d'un mariage, que l'acte de mariage a été préalablement reçu par les officiers de l'état civil[1]. »

J'ai montré déjà que le moyen de concilier dans la loi civile les prétentions respectives de l'Église et de l'État n'était pas encore trouvé[2] : j'ai justifié le silence du Code civil sur la formation du lien au point de vue religieux.

Nous savons, d'ailleurs, que vous n'entendez faire aucune concession aux réclamations des théologiens contre la sécularisation du mariage. L'article 76 que vous avez proposé aurait rendu plus profonde encore la séparation entre la loi civile et la loi religieuse.

Étant donnée cette séparation, est-il impossible, partout et toujours, d'exiger que le mariage civil précède le mariage religieux?

Vous l'affirmez : « L'avis de 37,000 maires ne suffirait « pas pour me faire admettre qu'un acte de religion peut être « puni comme un délit, lorsque la loi a la prétention de sé- « parer le spirituel et le civil[3]. »

La séparation du spirituel et du civil est donc incompatible avec l'exercice du droit de police de l'État. Si ce droit de police est incontestable, la séparation du spirituel et du civil est donc impossible?

Voyez, en effet, où conduirait ce nouveau principe : un acte de religion ne peut être puni comme un délit, lorsque la loi a la prétention de séparer le spirituel et le civil.

Un législateur, je le suppose, a consacré la maxime : l'Église ou la religion libre dans l'État libre. Le Code civil de ce pays ne s'occupe pas du mariage religieux et règle seulement le mariage civil. Un culte proclame le dogme que voici : le mariage est un acte exclusivement religieux, les fidèles s'engagent devant le ministre qui les unit, à ne pas se marier civilement. En vain l'État s'alarme pour l'ordre public menacé par la pratique de ce dogme. L'État, qui a prononcé la séparation absolue du spirituel et du civil, ne peut défendre ni, par consé-

[1] T. III, n° 5.
[2] T. XXVIII, p. 343 et suiv.
[3] *Loc. cit.*, p. 215.

Digitized by Google

quent, punir la célébration de pareils mariages! Ce serait ériger en délit un acte de religion.

Par la même raison, si la règle religieuse ordonnait de présenter le corps à l'église dans les premières heures qui suivraient le décès, l'État ne pourrait interdire au ministre du culte de lever le corps avant que vingt-quatre heures fussent écoulées[1]!

Je crois plus sûre la doctrine que vous avez parfaitement exposée, mon cher collègue, dans votre *Traité de droit public et administratif*. Là, d'une part, vous considérez la séparation des pouvoirs spirituel et temporel comme une précieuse garantie pour nos consciences; d'autre part, vous réservez les droits de l'État.

Vous approuvez le législateur français d'avoir sauvegardé l'indépendance de l'État à l'égard de la cour de Rome[2];

Vous rappelez que, suivant l'article 45 de la loi du 18 germinal an X, « aucune cérémonie religieuse n'aura lieu hors des édifices consacrés au culte catholique, *dans les villes où il y a des temples consacrés à différents cultes,* » et vous ajoutez : « Nous pensons d'ailleurs que, dans une commune quelconque, « alors même qu'il n'y aurait pas un seul protestant, le maire « pourrait interdire les processions extérieures si réellement « elles devaient présenter de sérieux inconvénients pour la

[1] Voy. décret du 4 thermidor an XIII; art. 358 du Code pénal.

[2] « ..... Considérons la séparation des pouvoirs spirituel et temporel « comme une précieuse garantie pour nos consciences. Une révolution qui « réunirait ce qui est séparé, s'accomplirait sans profit pour les princes et au « grand détriment du sacerdoce. — L'indépendance de l'autorité temporelle est garantie: 1° à l'égard des puissances étrangères et, en particulier, de la cour de Rome; 2° à l'égard du clergé français. — 1° A l'égard « de la cour de Rome, la loi ne s'est pas départie du principe général de « la souveraineté, qui soumet à une vérification les actes ou ordres émanés d'un prince étranger. C'est en vertu de cette règle que nos lois civiles ne permettent d'exécuter en France les jugements rendus à l'étranger qu'après examen par un tribunal français (art. 2123 C. Nap.). — Des « raisons particulières voulaient qu'on maintint cette précaution à l'égard « de la cour de Rome. L'histoire est remplie des luttes du sacerdoce et de « l'empire, et, à tort ou à raison, l'Église a été accusée d'aspirer à la domination universelle, même dans l'ordre temporel. Notre intention n'est « pas de réveiller des querelles dont le retour est impossible, mais il suffit « qu'elles aient existé pour qu'elles servent d'explication aux articles 1, 2 « et 3 de la loi organique du concordat. » (T. III, nos 16 et 17.)

Digitized by Google

« circulation et l'ordre public. La police des rues appartient « à l'autorité municipale et la sortie des processions est su- « bordonnée aux nécessités de l'ordre public. Mais il faut que « ce soit un motif sérieux, non un pur prétexte, et le maire « manquerait à tous ses devoirs s'il cachait une pensée irré- « ligieuse sous les apparences de la crainte d'un péril ima- « ginaire [1]. »

Voilà, si je ne me trompe, un acte religieux, la procession, érigé, de votre consentement, en contravention [2].

Votre thèse actuelle repose, me semble-t-il, sur une confusion entre la foi et l'ordre public, entre le mariage considéré au point de vue de la vérité religieuse, et le mariage considéré au point de vue de l'organisation sociale.

La loi serait monstrueuse, si elle punissait la croyance au dogme que le mariage est un acte exclusivement religieux; ce serait consacrer le principe absurde et impie qui, selon Royer-Collard, fait descendre la religion au rang des institutions humaines. La loi qui défendrait et punirait la célébration de mariages religieux, qu'elle saurait être inoffensifs pour l'ordre public, serait inique; elle violerait la liberté. Mais la loi est dans son droit et dans son devoir lorsque, convaincue que telle ou telle forme de célébration religieuse compromet le bon ordre des familles et de la société, elle défend ce mode de célébration et, au besoin, punit, non pas l'accomplissement d'un acte religieux, mais la violation de la loi sociale. « La liberté religieuse, dit M. de Montalembert, ne saurait être illimitée, pas plus qu'aucune liberté, pas plus d'ailleurs qu'aucune autorité. La liberté des cultes, comme toutes les autres, doit être contenue par la raison éternelle et la religion naturelle. L'État, incompétent, en thèse générale, à juger entre les cultes et les opinions religieuses, demeure juge compétent (quoique non infaillible) de ce qui importe à la paix publique, aux mœurs publiques. Contre tout ce qui attente à la société civile, il a le droit de légitime défense [3]. »

[1] *Loc. cit.*, n° 38, p. 35.

[2] Voy. Dalloz, *Répertoire*, v° *Culte*, n°s 154 et suiv.

[3] *L'Église libre dans l'État libre*, p. 92, 93. — Compar. M. Vivien : « Ce qui constitue exclusivement le culte, considéré distinctement, se renferme dans un cercle limité et n'embrasse que les actes extérieurs : la prière en commun, la prédication, les cérémonies religieuses. Or, déclarer ces actes

Digitized by Google

Le dilemme écarté, il me reste à rappeler la raison qui ne permet pas d'abroger, sans plus d'examen, l'article 54 de la loi organique.

Vous avez, mon cher collègue, reproduit cette raison de telle sorte que sa force en est notablement diminuée.

« Pourquoi, me dites-vous, repoussez-vous l'adoption im-« médiate du système italien? Vous craignez que, dans les « campagnes, les gens simples ne se croient suffisamment « mariés lorsqu'ils auront été unis à l'église. »

Partant de là, il vous est facile de répondre : « Le paysan le « plus ignorant sait que son union ne produira aucun effet « civil, s'il ne se marie pas devant le maire... »

Est-ce là détruire le motif de l'article 54 de la loi organique tel que Portalis l'a donné et que je l'ai rapporté [1] : « ... Il arrivait souvent qu'un séducteur adroit conduisait devant un prêtre la personne qu'il feignait de choisir pour sa compagne, vivait maritalement avec elle et refusait ensuite de paraître devant l'officier civil...? »

Passer ce danger sous silence, ce n'est pas le supprimer.

Le péril n'a pas été imaginé par des ennemis de la religion, il a été signalé par des prêtres. D'après un auteur, dont l'abbé Carrière accepte le témoignage, ce sont des vicaires généraux de Paris, notamment l'abbé Emery, qui ont dénoncé le fait que des hommes dépravés séduisaient des jeunes filles, les conduisaient devant un prêtre, ne se mariaient pas civilement, et souvent abandonnaient leurs victimes [2].

libres, ce n'est nullement leur promettre l'impunité si l'ordre général et les lois en reçoivent quelque atteinte. » *Études administratives*, t. II, p. 237. « Sans doute, dit plus loin le même publiciste, le spirituel et le temporel doivent demeurer séparés; nul ne le conteste aujourd'hui : c'est le principe du droit moderne, le gage de la liberté de l'Église et de l'indépendance de l'État....; mais il est une foule d'objets mixtes où les deux pouvoirs se trouvent mêlés; et il appartient au pouvoir politique de juger quelles questions appartiennent à son domaine et de les résoudre. Cependant, nous le reconnaissons, appeler l'Église et l'État à en délibérer en commun, à se consulter, à s'entendre, est le moyen le plus propre à conserver la bonne harmonie. » *Loc. cit.*, p. 272.

[1] Ci-dessus, p. 133.

[2] « *Si fides adhibenda sit Jauffret, auctori in his materiis generatim quoad facta satis accurato, testatur,* Examen des art. organ., p. 88, *ita statutum fuisse, ad reprimendum abusum qui vigebat, ante plenam cultus instaurationem : viri pravi puellas seductas ducebant coram altari, postea*

Digitized by Google

La France n'est pas le seul pays où la règle que vous condamnez sans rémission, ait été maintenue jusqu'à ce jour.

En Belgique, après les événements de 1814, l'article 54 de la loi de germinal an X et les articles 199 et 200 du Code pénal furent abrogés. (*Arrêtés* du 21 octobre 1814 et du 7 mars 1815). — Dès le 10 janvier 1817, une loi remettait en vigueur les dispositions précitées : « Attendu, disait, dans le préambule, le roi des Pays-Bas, que les susdits arrêtés ont, en plusieurs districts, donné lieu à des abus qu'il est nécessaire de prévenir par la suite. » (Merlin, *Répertoire*, v° *État civil*, § 1; — Nypels, *Théorie du Code pénal* par Ad. Chauveau et F. Hélie, édition publiée en Belgique, t. I, n° 1977, p. 555, note 3.)

La constitution belge porte (art. 14) : « La liberté des cultes, celle de leur exercice public... sont garanties...; » — (art. 16) : « L'État n'a le droit d'intervenir ni dans la nomination ni dans l'installation des ministres d'un culte quelconque, ni de défendre à ceux-ci de correspondre avec leurs supérieurs, et de publier leurs actes, sauf, en ce dernier cas, la responsabilité ordinaire en matière de presse et de publication. — *Le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale, sauf les exceptions à établir par la loi, s'il y a lieu.* »

On lit encore dans la loi sur la mise en vigueur du Code pénal prussien (14 avril 1851) (sect. 1, art. 12) : « Dans le ressort de la Cour d'appel du Rhin..... (§ 5) : Tout ecclésiastique ou autre ministre de la religion qui procède aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par l'officier de l'état civil, sera puni d'une amende de 100 thalers, au plus, et en cas de seconde récidive d'un emprisonnement de trois mois au plus. » (*Code pénal prussien*, traduit par M. Nypels, professeur ordinaire à l'Université de Liége.) [1]

negligebant se sistere coram officiario civili, et sæpè eas omnino deserebant : cum hoc denuntiassent vicarii generales parisienses, lata est supradicta dispositio. » (T. II, n° 1030.) — Voici le texte même de M. Jauffret : « ... Ce désordre ayant été dénoncé par les anciens grands vicaires de Paris, et notamment par le respectable abbé Emery, on crut devoir insérer dans la loi les dispositions ci-dessus afin de prévenir le renouvellement des mêmes abus... » (*Examen des articles organiques*, commentaire de l'article 54, p. 88.)

[1] Cette disposition est particulière à une province. Dans le reste de la

Digitized by Google

En France, l'ordonnance du roi portant règlement pour l'organisation du culte israélite, du 25 mai 1844, défend aux rabbins de donner la bénédiction nuptiale à ceux qui ne justifieraient pas avoir contracté mariage devant l'officier de l'état civil. (Art. 53.) L'ordonnance devait se conformer à la législation générale du pays. Mais, ce qui est digne de remarque, le gouvernement français ne s'écartait pas de la doctrine formulée par le grand-sanhédrin. On sait que ce corps « tombé avec le temple » fut réuni à Paris, en 1807, « pour éclairer par tout le monde le peuple qu'il gouvernait. » Toutes les synagogues de l'Empire, qui s'étendait alors si loin, furent invitées à envoyer leurs délégués au grand-sanhédrin. Suivant les habitudes du temps, ce conseil ne discuta point, « mais il n'est pas douteux, ajoute M. Vivien, que ses décisions étaient l'expression fidèle de ses opinions. » (*Études administratives*, t. II, p. 347.) Sur un point bien voisin de celui qui nous occupe, sur le conflit de l'autorité civile et de l'autorité religieuse en matière de divorce, le grand-sanhédrin décréta ce qui suit : « Considérant qu'il est de principe religieux de se soumettre aux lois civiles de l'État....., il est expressément défendu à tout rabbin, dans les deux États de France et royaume d'Italie, de prêter son ministère dans aucun acte de répudiation ou de divorce, sans que le jugement civil qui le prononce lui ait été exhibé en bonne forme; déclarant que tout rabbin qui se permettrait d'enfreindre le présent statut religieux, sera regardé comme indigne d'en exercer à l'avenir les fonctions. » (Merlin, *Répertoire*, v° *Divorce*, sect. 4, § 15.)

Dans un écrit, inspiré par cette pensée : « La législation religieuse et la législation civile ont un même objet, le perfectionnement de l'homme; elles doivent donc se rencontrer et concourir, » M. Rendu, l'éminent conseiller de l'Université,

Prusse « Le mariage est consommé par la bénédiction cléricale. » Saint-Joseph, *Concordance...*, 2e édition, t. III, p. 196 (art. 136 et 137). — Mais, en Prusse, la loi civile règle, d'ailleurs, les conditions du mariage et n'hésite pas à sauvegarder l'ordre public, témoin cette loi de 1854 : « Les ecclésiastiques de tous les cultes, en Prusse, ne pourront célébrer aucun mariage entre étrangers ni entre prussien et étranger, à moins que la personne étrangère ou les personnes étrangères qui veulent se marier, ne représentent un certificat émané des autorités compétentes de leur patrie et constatant qu'il n'existe aucun obstacle à l'union qu'elles se proposent de contracter. » Saint-Joseph, *loc. cit.*, en note.

Digitized by Google

disait en 1814 et répétait en 1848 : « Le sacrement doit sanctifier le mariage, mais le mariage doit précéder le sacrement; et la loi civile, qui peut et doit régler les formes de la célébration du mariage, peut et doit rester étrangère à l'administration du sacrement, qui est tout entière du domaine de la religion. » (*Réflexions sur quelques parties de notre législation civile*, 2e édition, 1848, p. 19.)

Encore aujourd'hui, il est des personnes placées au point de vue purement religieux qui verraient avec crainte, à Paris notamment, disparaître la nécessité de justifier du mariage civil pour recevoir la bénédiction nuptiale.

Avant d'abroger cette règle, il faut donc, au moins, s'enquérir de l'avis des maires et de celui des ministres des différents cultes.

Il sera bon de consulter aussi les travaux du *comité des cultes* de l'Assemblée constituante de 1848. Ces travaux forment, dans les archives de la chambre, dit le secrétaire du comité, « des documents précieux[1]. » On y cherchera les opinions qui ont pu se produire sur la règle en question, notamment de la part des évêques et des abbés qui étaient membres du comité. Je n'ai pas remarqué dans l'ouvrage de M. Pradié, empreint de respect pour la religion et pour la liberté[2], de réclamations adressées au comité contre la disposition qui vous paraît inutile, inconciliable avec la séparation du spirituel et du civil, et qui ne saurait, à votre gré, disparaître trop vite des lois françaises.

Enfin, dans l'étude de la question, on ne perdra pas de vue qu'en France l'esprit d'égalité, c'est-à-dire de justice, a toujours repoussé les mariages de la main gauche et que, sous ce rapport encore, il faut y regarder à deux fois avant de per-

[1] *La question religieuse en* 1682, 1790, 1802 *et* 1848, *et historique complet des travaux du comité des cultes de l'Assemblée constituante de* 1848, par M. Pierre Pradié, représentant du peuple et secrétaire du comité des cultes; — *ouvrage dédié à Mgr l'évêque de Langres*, président du comité des cultes.

[2] M. Pradié rapporte, en l'approuvant, cette *résolution* que, non-seulement le comité « était incompétent, mais qu'à ses yeux l'Assemblée nationale était complétement incompétente dans toutes les matières religieuses; que sa compétence ne commençait que dans les matières mixtes; que, même dans ce cas, l'État devait se concerter avec l'Église avant d'attacher à ses décrets la formule obligatoire. » (*Loc. cit.*, p. 440.)

Digitized by Google

mettre des mariages purement religieux, qui, civilement, ne seraient pas même des mariages de la main gauche[1].

J'arrive à votre proposition d'autoriser la dissolution du mariage sur la demande de l'époux dont le conjoint aurait été frappé d'une peine perpétuelle.

Vous m'écrivez à ce sujet : « Je n'ai point entendu traiter la « question difficile du divorce. Il me suffit, pour le moment, « de prouver que la loi du 31 mai 1854 aggrave la loi du « 8 mai 1816, et que cette aggravation n'était pas réclamée « par l'état de nos mœurs[2]. »

Votre proposition, mon cher collègue, ne se produit pas à l'occasion d'un projet de révision de la loi de 1854 ; elle est comprise dans un mémoire sur la révision du Code Napoléon. Est-il possible que le législateur soit saisi de cette proposition, sans que surgisse aussitôt la question générale du divorce?

Les partisans de cette institution ne négligent aucune occasion d'en demander le rétablissement[3]. Comment pouvez-vous espérer que la discussion par vous soulevée se renfermera dans le cercle que vous jugez bon de lui tracer?

Ne serait-il pas indispensable d'organiser la *dissolution facultative*, d'en régler la procédure et les effets? L'idée qui se présenterait infailliblement, serait de remettre en vigueur les dispositions du Code civil qui régissaient le divorce pour condamnation infamante. Mais ces dispositions nomment la chose

[1] Compar. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, part. I, chap. 2, § 2; — Merlin, *Répert.*, v° *Mariage de la main gauche;* — Duchesne, *Du mariage*, chap. 14, où l'auteur parle de « l'institution connue dans plusieurs États de l'Allemagne sous le nom de mariage *morganatique* ou *de la main gauche*, et dans quelques États du midi de l'Europe, sous le nom *de mariage de conscience;* — Demolombe, *Traité du mariage*, t. I, n° 6; — Dalloz, *Répertoire*, v° *Mariage*, n° 33; — Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, p. 42 et 43.

[2] *Deuxième lettre, loc. cit.*, p. 216.

[3] Voy. t. XXVIII, p. 356. — Aux écrivains que j'ai cités, joignez M. About : « La loi réactionnaire du 8 mai 1816, que 1830 et 1848 n'ont pas su abroger, ajoute tous les ans un appoint au demi-monde, et contribue pour sa part à la décroissance de la population. Qu'est-ce que le mariage? Un contrat par lequel l'homme s'engage à protéger sa femme, et la femme promet d'être fidèle à son mari. Si l'un des deux contractants viole la foi jurée, il degage la liberté de l'autre; c'est une vérité d'évidence. » (*Le Progrès*, p. 151.)

Digitized by Google

par son nom, *le divorce*, et l'on ne distrairait pas le pays et le législateur de la question générale en substituant, dans le projet, au mot *divorce* l'expression *dissolution facultative*. — *Mutato nomine eadem fabula narratur*.

Sans doute, lorsque vous avez fait votre proposition, vous avez écarté la discussion du principe dont elle dépend : « La « modification que je viens d'indiquer, avez-vous dit, n'aurait « donc été qu'un adoucissement de l'article 227 (du Code « Napoléon). Telle que je la propose, la disposition ne serait « pas un cas de divorce, mais un cas de dissolution, avec cette « particularité qu'au lieu d'être forcée, comme elle l'a été jus- « qu'à 1854, la dissolution ne serait que facultative au gré du « conjoint du condamné. » (*Mémoire*, T. XXVIII, p. 132.) Mais la nature des choses devait ramener au principe quiconque examinerait votre mémoire.

Je me trouvais donc en face de la question du divorce. J'ai dû m'expliquer sur le principe, avant de montrer où conduirait l'admission d'un cas de dissolution facultative.

En me prononçant pour l'indissolubilité absolue, j'ai ajouté ; Dans un pays qui a conquis la liberté de conscience, cette indissolubilité ne peut être maintenue qu'à titre de principe de morale et de droit. (T. XXVIII, p. 352.)

Malgré cette dernière déclaration, vous avez pris soin de remarquer, dans votre première lettre, que j'attaquais la dissolution facultative « avec beaucoup de personnes, et particu- « lièrement avec le journal *le Monde*...; » dans votre seconde lettre, vous me dites plus nettement : « Je pense que le dogme « catholique de l'indissolubilité est le principe latent qui « inspire toute votre argumentation contre moi. Vous croyez « pouvoir le mettre de côté pour vous en tenir à des argu- « ments purement philosophiques. Illusion!..... »

Refuser à vos adversaires le droit de discuter la question sur le terrain philosophique, c'est, permettez-moi de le dire, rétrograder de plus de trente ans.

En 1831, je l'ai rappelé déjà, M. Odilon Barrot reconnaissait que « l'indissolubilité peut être défendue dans l'ordre purement civil. »

Vous oubliez aussi que des philosophes, nullement catholiques, ont, bien avant cette époque, proclamé l'indissolubilité du mariage comme un principe de morale.

Digitized by Google

Certes, le dogme catholique n'inspirait pas à David Hume les arguments qu'il faisait valoir contre le divorce, celui-ci, par exemple : « Ceux à qui les raisons (précédentes) ne suffiraient pas ne rejetteront pas au moins le témoignage de l'expérience [1]. »

Rousseau n'était pas sous l'empire d'une illusion religieuse lorsqu'il disait par la bouche d'Émile : « L'idée de mon fils m'attendrit pour sa mère plus que rien n'avait fait auparavant. Je sentis que ce point de réunion l'empêcherait toujours de m'être étrangère, que les enfants forment un nœud vraiment indissoluble entre ceux qui leur ont donné l'être, et *une raison naturelle et invincible* contre le divorce [2]?... »

Plus tard, en 1848, était-ce sous l'influence du dogme catholique que M. Vapereau écrivait : « C'est à cette seconde opinion (l'indissolubilité) que je me sens forcé de m'arrêter, quoiqu'elle me place en passant dans les rangs des éternels ennemis de la philosophie et de la liberté. Dévoué de cœur à l'une et à l'autre, je combattrai le divorce avec les armes de la philosophie, qui à la fois éveille dans nos âmes le sentiment de la liberté et la contient dans de légitimes limites. Je ne repousserai donc pas le divorce en l'appelant, avec M. de Bonald, une monstruosité de l'esprit révolutionnaire et philosophique. Je ne le repousserai pas non plus, au nom d'une prétendue religion d'État, sous le régime qui nous est si cher de la liberté religieuse. Je le repousserai comme funeste à la société, dont il ébranle la plus ferme base; je le condamnerai, au nom de la nature humaine, de ses sentiments les plus nobles et les plus délicats, au nom *des devoirs de l'homme*, au nom même de son bonheur [3]. »

MM. Adolphe Garnier et Paul Janet, trop clairvoyants pour se méprendre sur la cause réelle de leur conviction philosophique, justifient l'indissolubilité par la morale [4]. M. Jules Simon, dans l'étude qu'il a faite de la famille, *au point de vue purement moral*, et dont ce trait me paraît admirable : « ... Le

[1] *Œuvres philosophiques;* Londres, 1788, t. VI, 18e essai, p. 319.

[2] *Émile*, livre V.

[3] *La liberté de penser; Revue philosophique et littéraire*, t. II, p. 218 et 219.

[4] M. Garnier, *Morale sociale*, p. 113 et suiv. — M. Janet, *La famille*, p. 281.

Digitized by Google

maître, le docteur, c'est cet enfant, qui ne sait rien au monde, et qui répand autour de lui la divine contagion de l'innocence, » M. Jules Simon s'écrie : « Où ai-je pris ce tableau de la famille? Est-ce une utopie? Non, c'est la nature; et j'y trouve *l'union indissoluble* de l'homme et de la femme, d'un homme et d'une femme, la puissance du mari et la puissance du père. C'est donc la nature plutôt que la loi qui oblige le mari à rester fidèle à sa femme, à la protéger, à la nourrir, à la gouverner, elle et son enfant; le fils à obéir jusqu'à l'entier développement de sa raison, à aimer et à respecter pendant toute sa vie. Supprimez tous les Codes, et ces obligations resteront les mêmes, parce qu'elles sont fondées *sur la nature des choses et sur la morale*[1]. »

J'admire, mon cher collègue, qu'en présence de cette revendication de l'indissolubilité par des philosophes, vous ayez écrit : « ..... Pour les non-catholiques, l'indissolubilité du lien « conjugal n'a que la valeur d'une loi de police faite pour pré- « venir le relâchement des mœurs[2]. »

Oh! sans doute, les catholiques repoussent le divorce au nom du dogme; mais il y a déjà trente-six ans que Portalis, le second, disait à la Chambre des pairs : « Si l'indissolubilité du mariage est bonne en soi, si elle est conforme à la nature des choses, favorable aux intérêts publics et privés, faut-il la rejeter, parce que la religion catholique la proclame? Il faudrait donc renoncer à tous les principes fondamentaux de l'ordre et de la morale, parce que cette religion les a consacrés! Une prévention aveugle ou un fanatisme absurde pourraient seuls raisonner de la sorte[3]. »

[1] *La Liberté*, t. I, p. 283.

[2] *Deuxième lettre, loc. cit.*, p. 216. — M. Thiercelin ne croit pas non plus que l'indissolubilité absolue puisse se justifier autrement que par le dogme catholique : « Comme chrétien et même *comme homme*, le divorce nous révolte profondément; tout ce que nous avons voulu dire, c'est que la loi *qui défend* le divorce entreprend sur le dogme religieux, ce qu'elle ne peut faire sans sortir de sa sphère. » (*Principes de droit*, 2e édition, p. 128, note 1.) On peut répondre à M. Thiercelin que, si le divorce le révolte *comme homme*, c'est que le divorce est contraire à la morale, et que, dès lors, la loi, en *n'autorisant pas* le divorce (je ne dis pas : *en le défendant*), ne fait que respecter la morale.

[3] Rapport à la Chambre des pairs sur la proposition de rétablissement du divorce, votée par la Chambre des députés. (Séance de la Chambre des pairs, du 28 mars 1832.)

Digitized by Google

Ainsi, c'est à la fois commettre une erreur historique et retomber dans une confusion dissipée par la science, que de dire : Pour défendre l'indissolubilité sur le terrain philosophique, comme un principe absolu, il faut être, à son insu, sous l'influence d'un dogme religieux.

Je devais tenir pour accordé qu'on peut, sans être dans « l'illusion, » poser cette thèse : L'indissolubilité est une vérité morale dont l'Église a fait un dogme, mais qui n'a pas cessé, pour cela, d'être une vérité, et qui finira par s'imposer à toutes les consciences [1].

Je devais croire permis de souscrire, sans méconnaître la liberté de conscience, à ces propositions de M. Valette : « On a écrit des volumes sur le divorce, et rien ne serait plus facile que d'exposer longuement la thèse contraire et de montrer en détail tous les inconvénients que le divorce entraîne pour les enfants nés du mariage, pour les époux eux-mêmes et pour la société tout entière. Mais nous jugeons ces développements inutiles. — Le divorce a heureusement été aboli en France et ne sera probablement pas rétabli. Ceux qui sont persuadés, comme nous, que la civilisation moderne, si supérieure à celle de l'antiquité, ne subsiste que par l'influence puissante du christianisme qui vivifie la société en la pénétrant de toutes parts, repousseront toujours le divorce comme antipathique à la morale évangélique et dès lors comme *un principe de décadence et de dissolution* [2]. »

Mais enfin, mon cher collègue, puisque vous revenez en arrière, il faut vous suivre et vous répondre.

Pour prouver qu'en défendant comme absolu le principe de l'indissolubilité, je fais une confusion entre le dogme et la morale, vous présentez cet argument :

[1] Compar. M. Huc, *le Code civil italien et le Code Napoléon*, p. 65 : « Ce n'est pas parce que l'Église l'a dit que le mariage est indissoluble, mais c'est parce qu'il est inviolable de sa nature que l'Église a déclaré qu'il devait l'être. » — Voyez, sur l'indissolubilité du mariage d'après l'Église catholique, *Les dogmes catholiques* par N. J. Laforet, chanoine honoraire de la cathédrale de Namur, 2e édition, t. IV, p. 289, 1860.

[2] *Traité sur l'état des personnes*, par Proudhon, annoté par M. Valette, t. I, p. 484. — *Junge* M. Valette, *Explication sommaire du livre premier du Code Napoléon*, p. 136, 137. — Voy. aussi M. Demolombe, t. IV, n° 361. — MM. du Caurroy, Bonnier et Roustain constatent que l'indissolubilité est *dans les mœurs de la nation*. (*Commentaire du Code civil*, t. I, n° 390.)

Digitized by Google

« Supposez un étranger non catholique qui, pour divorcer, « profite de la faculté écrite dans ses lois. Direz-vous qu'il « commet un acte immoral? Il faudrait aller jusque-là si l'acte « était d'une immoralité absolue [1]. »

J'irai jusque-là sans la moindre hésitation parce que je distingue, ce que votre argument confond peut-être, la loi morale et la connaissance de cette loi, la vérité du précepte et la responsabilité de la personne qui n'y a pas conformé sa conduite.

Certes, vous pensez qu'il est absolument contraire à la justice de traiter un homme comme une chose.

Hé bien! récemment, lorsque l'esclavage se débattait, pour ne pas mourir, dans une lutte formidable, les Américains du Sud croyaient défendre la justice non moins que leur intérêt.

Sans doute, l'étranger qui divorce d'après la loi de son pays peut penser que la morale ne condamne pas son action. Cela suffit pour que cet étranger ait la conscience en repos et pour qu'il ne soit pas moralement responsable, mais cela ne prouve pas que le divorce soit honnête.

Vous poursuivez ainsi : « *Pour les non-catholiques*, l'indis- « solubilité du lien conjugal n'a que la valeur d'une loi de » police faite pour prévenir le relâchement des mœurs. »

Les Ottomans, qui épousent plusieurs femmes — ils peuvent en épouser quatre —, profitent de la faculté écrite dans leur loi religieuse et civile. Ils ont la conscience fort tranquille. Vous ne direz pas : pour quiconque n'a pas foi dans une religion qui condamne la polygamie, l'article 147 du Code civil n'a que la valeur d'une loi de police!

S'il est possible de voir, philosophiquement, dans la monogamie un principe absolu, bien que des lois contemporaines permettent la pluralité des femmes, comment serait-il impossible de reconnaître, sans « illusion » religieuse, un principe absolu dans l'indissolubilité, parce que des lois contemporaines admettent le divorce?

Pour moi, la France et l'Italie modernes se sont placées, sur ce point, à la tête de la civilisation, lorsque, proclamant la liberté de conscience, elles ont aussi consacré l'indissolubilité absolue du mariage; et, loin de convenir que le dogme catholique ait seul inspiré, en 1854, ces passages

[1] *Deuxième lettre*, p. 216.

Digitized by Google

de l'exposé des motifs et du rapport : « La doctrine de l'indissolubilité est enseignée par la religion chrétienne et *par la morale;* » — « Le mariage qui, depuis la sécularisation de 1792, n'était plus protégé par son association intime à la loi religieuse, *mais qui aurait dû encore être sauvegardé par la loi naturelle,* fut emporté par la logique (de la mort civile), » je prétends que ces condamnations du divorce prouvent le progrès de la raison philosophique.

Le libre accord de la morale civile et de la morale catholique me réjouit, sans m'étonner.

Revenons à votre doctrine :

« Pour les non-catholiques l'indissolubilité du lien con-
« jugal n'a que la valeur d'une loi de police faite pour
« prévenir le relâchement des mœurs. Or ce danger
« n'existait pas pour les cas de condamnations perpétuelles,
« qui certainement sont rares. Pensez-vous que la situation
« morale de notre pays soit changée depuis 1854? Je ne le
« crois pas, et c'est pour cela que, d'après moi, la loi nouvelle
« a, sans nécessité, aggravé la loi du 8 mai 1816..... » Et plus loin : « Quand on abandonne, comme vous le faites, la maxime
« *quod Deus...,* la loi qui prohibe le divorce prend un carac-
« tère relatif. *L'interdiction doit être plus ou moins sévère sui-*
« *vant l'état des mœurs;* il est donc impossible, en cette ma-
« tière, d'établir une règle invariable, si l'on s'éloigne du
« dogme pour s'en tenir aux motifs rationnels. En d'autres
« termes je n'admets pas qu'il y ait deux morales; mais je
« crois que dans le choix des mesures de police, il y a une in-
« finité de degrés [1]. »

Si je vous comprends bien, mon cher collègue, les lois peuvent déroger au droit de divorcer. Mais les interdictions qu'elles prononcent sur ce point, doivent, comme toutes les exceptions à la liberté naturelle, et sous peine d'être oppressives, se contenir dans les limites de la nécessité.

En posant ainsi la question, vous semblez combattre pour le *principe* qui serait la liberté de divorcer, et je parais combattre pour *l'exception* qui serait la défense de divorcer.

Je ne dois pas vous attaquer sur cette position de la question, tant que vous n'aurez pas contesté nettement la thèse

[1] *Suprà,* p. 216 et 217.

Digitized by Google

suivante; — j'en emprunte la formule à l'auteur de la proposition de 1831 — : « *L'indissolubilité* du lien, a dit M. de Schonen, est le *principe* même du mariage, sans lequel il n'y aurait ni mariage ni famille, et cela, abstraction faite de toute idée religieuse, et à plus forte raison de tout sacrement..... L'indissolubilité du lien tient à l'essence du contrat. Remarquez que les parties qui y stipulent ne sont pas les plus intéressées; d'autres êtres doivent y intervenir, et la garantie de leur bonheur, que dis-je? souvent de leur existence, repose sur la durée de ce lien. — Et cependant j'admets le divorce, car je ne veux pas le malheur des pères en contemplation du bonheur des enfants..... J'admets le divorce, et je dis à l'orateur du gouvernement, qui présentait la loi au Corps législatif (M. Treilhard) : Le divorce est un mal, mais un mal nécessaire; c'est un remède à des maux plus grands encore, lequel d'ailleurs respecte le principe d'indissolubilité. Le divorce ne vient proclamer légalement la rupture que lorsqu'elle est consommée de fait. *C'est une exception* qui, loin de la détruire, confirme la règle; car elle a pour but d'épurer le mariage et d'en rehausser l'honneur [1]. »

M. Legouvé reconnaît que, pour les philosophes et les politiques qui repoussent le divorce, l'indissolubilité est un principe social, qu'elle est le seul fondement moral du mariage; il déclare qu'il ne voit pas de réponse à leur faire, « sinon cette question : Dans l'état de notre société, la théorie absolue, sans exception, de l'indissolubilité, ne ruine-t-elle pas le ménage mille fois plus que ne le ferait le divorce, enfermé dans des règles sévères [2] ? »

M. Pelletan s'accorde avec MM. de Schonen et Legouvé. « A coup sûr, dit-il, et en principe, la perpétuité paraît la première condition du mariage. Ou le mariage est *indissoluble*, ou il n'est plus que l'état de nature; mais par le fait seul que le divorce, dans un cas désespéré, peut rompre la vie commune, il influe indirectement sur le bonheur des époux : nous nous ménageons d'autant plus dans ce monde que nous pouvons nous quitter. Le planteur fouetterait-il la négresse,

[1] Ce discours se trouve, notamment, dans l'ouvrage de M. Moulin, intitulé : *Unité de législation civile en Europe* (1865).

[2] *Histoire morale des femmes*, p. 232 (1864).

Digitized by Google

si la négresse avait le droit de lui donner congé[1] ? »

Je croirai, mon cher collègue, que telle est votre doctrine jusqu'à ce que vous ayez déclaré le contraire.

Si, par impossible, vous prétendiez que le mariage n'est pas, en principe, indissoluble; si vous proposiez cette thèse : le mariage est, en principe, comme les autres contrats, révocable par le consentement des parties et par la volonté de l'une d'elles dans le cas où l'autre n'exécute pas ses engagements : l'indissolubilité est une *prohibition*, elle est une dérogation à la liberté[2]; si telle était votre doctrine, je vous demanderais, d'abord, comment vous conciliez les nombreuses restrictions à la liberté de divorcer, que vous maintenez, avec votre principe en matière d'intervention du législateur dans les actes des particuliers. Selon vous (bientôt je discuterai cette théorie), les pouvoirs publics n'ont jamais le droit de s'immiscer dans les actes qui ne sont pas absolument mauvais, qui « sont « tantôt bons, tantôt mauvais suivant les cas. » « Ces faits-là, « dites-vous, doivent être abandonnés à la responsabilité des « individus[3]. »

Étant donné que l'indissolubilité n'est pas de l'essence du mariage, le divorce, notamment le divorce par consentement mutuel, n'est pas un acte absolument mauvais, « absolument répréhensible ; » tantôt bon, tantôt mauvais, il doit être abandonné à la responsabilité des individus. Seulement, comme le propose Bentham, le magistrat devra constater qu'il n'y a point eu violence de la part du mari pour forcer le consente-

[1] *La famille, La mère*, p. 302 (2e édition, 1865).

[2] « L'Assemblée nationale, considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la *liberté individuelle* dont un engagement indissoluble serait la perte..... » Préambule de la loi du 20 septembre 1792. — Ce système était celui de Bentham : « ... Que penserait-on si la femme ajoutait (au contrat) cette clause : Il ne me sera pas libre d'être quitte de toi, devrions-nous arriver à nous haïr autant que nous nous aimons à présent? — Une telle condition paraît un acte d'ineptie..... Mais cette clause absurde et cruelle, ce n'est pas la femme qui la demande, ce n'est pas l'homme qui l'invoque, *c'est la loi qui l'impose aux deux époux* comme une condition à laquelle ils ne peuvent échapper. » *Traité de législation civile et pénale*, t. I, p. 348, 349. — Voy. aussi M. J. Stuart-Mill, *la Liberté*, p. 189 et suiv., et la réponse qui lui a été faite par notre savant collègue M. Bertauld, *la Liberté civile*, p. 413 et suiv., 2e édition. — *Jungé* M. Huc, *loc. cit.*, p. 65 et suiv.

[3] *Deuxième lettre*, ci-dessus, p. 220.

Digitized by Google

ment de la femme, il devra interposer un délai plus ou moins long entre la demande du divorce et le divorce même[1].

Mais, jusqu'à déclaration contraire de votre part, je me tiens pour assuré que vous êtes d'accord avec MM. de Schonen, Pelletan et Legouvé. Ils prétendent, en effet, bien plus que vous ne demandez, ils réclament, ou peu s'en faut, le rappel de la loi de 1816.

Je suppose donc que, pour vous, l'indissolubilité est le principe, que le divorce est une exception, que cette exception confirme la règle; et je reproduis, d'après votre mémoire, le motif de l'exception unique que vous proposez: « La loi nou-« velle (la loi de 1854) a son genre de cruauté; elle force à « rester unis des conjoints dont l'un est flétri et inspire de « l'horreur à l'autre, le conjoint ne peut que demander la sé-« paration de corps, et s'il est jeune, sa vie ne sera qu'un long « célibat[2]. »

J'ai montré que cette raison, si elle était accueillie dans le cas de condamnation perpétuelle, entraînerait fatalement le législateur, comme elle a fait du Conseil d'État de 1803, de la Chambre des députés de 1831, de 1833, de 1834, à permettre le divorce dans les limites où le Code civil l'avait admis.

Vous me répondez: « De la dissolution en cas de condam-« nation à une peine perpétuelle on ne pourrait qu'indûment « conclure au divorce pour des causes moins graves. Je ne « crains pas que les législateurs se laissent entraîner facile-« ment, et au reste il n'y aurait aucune justice à rendre ma « proposition responsable des conséquences qu'elle ne contient « pas[3]. »

Je crois inutile, mon cher collègue, d'insister auprès du lecteur pour qu'il tienne compte de l'expérience[4] plus que vous ne le faites; je ne reviens donc pas sur l'impossibilité pratique de permettre le divorce au conjoint du condamné à perpétuité et de le refuser même au mari de la femme adultère, de la femme devenue fille publique, de le refuser même à la femme dont l'honneur aurait été vendu et livré par celui qui en avait

[1] *Loc. cit.*, p. 355.
[2] M. Batbie, t. XXVIII, p. 131.
[3] *Deuxième lettre*, p. 217.
[4] Voy. t. XXVIII, p. 360 et suiv.

Digitized by Google

la garde si, dans l'espèce, il échappait à la condamnation aux travaux forcés à perpétuité pour complicité de viol; je ne m'arrête pas au fait que « l'adultère est la violation la plus grave des obligations du mariage, et en même temps l'injure la plus cruelle à l'autre époux, que c'est la cause la plus universellement reconnue du divorce, et la seule sur laquelle l'Église ait hésité[1]; » — qu'en Angleterre on divorce *a vinculo* pour adultère, mais non pour condamnation perpétuelle. — Je veux examiner seulement la réfutation, essayée par votre dernière lettre, des considérations morales qui m'avaient paru militer contre votre proposition avec autant de force que contre des demandes plus larges de rétablissement du divorce.

« Vous vous appuyez, me dites-vous, sur l'intérêt des en-
« fants. Que déciderez-vous s'il n'y en a pas? Au moins serez-
« vous obligé par votre raisonnement de faire une distinction
« entre les époux qui ont des enfants et ceux qui n'en ont pas.
« Alors que devient le principe de l'indissolubilité[2]? »

La réponse est, d'abord, dans cette considération que j'avais présentée, et qui est indépendante de l'existence d'enfants communs : le divorce est toujours inconciliable avec le devoir de pardonner à l'époux, même le plus coupable, s'il recouvre le droit d'être honoré.

Vous n'avez pas, mon cher collègue, écarté l'objection en me faisant dire : « Le conjoint a le devoir de pardonner au
« conjoint condamné, s'il mérite sa grâce. En d'autres termes,
« il faut que l'époux innocent se sacrifie au coupable; » et en ajoutant : « Si le sacrifice était volontaire, ce serait admirable.
« Mais il faut, selon vous, que l'héroïsme soit imposé par
« la loi..... »

Vous me prêtez une pensée qui serait au moins étrange. Il y a un abîme entre imposer l'héroïsme et ne pas permettre de rendre impossible l'accomplissement du devoir.

La loi s'exposerait à commander l'héroïsme si elle déclarait que la séparation de corps cesse de plein droit dès que la grâce est obtenue.

Mais la loi qui se borne à ne pas autoriser le second mariage de l'époux du condamné, applique simplement le principe qu'il n'y a pas de droit contre la morale.

[1] Belime, *Philosophie du droit*, t. II, p. 129.
[2] *Deuxième lettre*, ci-dessus, p. 216, 217.

Digitized by Google

C'est l'honneur de notre Code d'avoir dit, au moins quatre fois (art. 6, 900, 1133, 1172), que la loi ne reconnaît ni les conventions ni les conditions qui sont contraires aux bonnes mœurs.

Le Code faillirait à ce principe s'il légitimait une nouvelle union qui rendrait impossible au conjoint remarié l'accomplissement envers son premier époux, jadis coupable, aujourd'hui purifié, des obligations de fidélité, de secours et d'assistance auxquelles il s'était soumis pour toujours.

L'expérience a prouvé que le devoir ou l'affection peut rapprocher des époux même divorcés. « Depuis l'abolition du divorce, disait, en 1832, le rapporteur de la Chambre des pairs, on n'a cessé de réclamer, à chaque nouvelle session, une loi qui rendît aux époux divorcés la faculté de contracter entre eux une nouvelle union. Le ministre de la justice a été souvent consulté sur la question de savoir si l'article 295 du Code civil conservait force de loi après l'abolition du divorce... Des consultations ont été solennellement délibérées, sur cette question, dans divers barreaux du royaume. Cédant imprudemment aux vœux de leur cœur, *tristes victimes d'une séparation indissoluble*, plusieurs de ces époux se sont réunis sur la foi de leurs premiers serments. Ils ont donné le jour à des enfants qui, sans état, au milieu de leurs frères, quoique nés du même père et de la même mère, et issus d'un seul et unique mariage, ne jouissent pas des honneurs de la légitimité. Votre commission a reçu leurs réclamations; elles sont nombreuses. Un seul avocat est l'organe de cinq familles. »

Vous demandez que la rupture puisse devenir irrévocable par un second mariage de l'époux divorcé. Mais avez-vous songé que la condamnation elle-même n'est point irrévocable? Je ne parle pas du cas de condamnation par contumace; — vous proposeriez, sans doute, de n'autoriser le divorce qu'après la prescription de la peine, lorsque la contumace ne peut plus être purgée. — Je suppose une amnistie[1] ou le succès d'un pourvoi en révision.

[1] « Attendu qu'en décidant... que le mariage des demandeurs n'avait jamais cessé de subsister et qu'une nouvelle célébration, loin d'être nécessaire, serait un acte contraire à la sainteté du mariage, l'arrêt attaqué a fait une saine et exacte application des principes qui régissent l'amnistie... » C. cass., ch. des req., rej., 31 juillet 1850 (de Girardin); Devill. et Car.,

Digitized by Google

Ce n'est pas tout, le condamné peut mériter que toutes les incapacités, dont la loi l'avait frappé, tombent par la réhabilitation. La loi criminelle veut que le coupable soit soutenu dans ses efforts pour revenir au bien, par l'espoir d'obtenir un pardon plus complet que la grâce. Des lois récentes ont étendu l'application de ce noble principe.

Admettre votre proposition, autoriser le divorce dans le cas de condamnation, c'est permettre de rendre irrévocable une peine accessoire, c'est faire rétrograder le droit civil, alors que le droit criminel est en progrès!

Sans doute, il est affreux d'être lié pour toujours à un misérable que la justice a flétri d'une peine perpétuelle. Mais « nous n'avons jamais vu qu'un devoir cesse d'être sacré parce qu'il devient douloureux, ni que la loi, par exemple, ait songé à dissoudre le lien de paternité parce qu'il y a des pères injustes et des fils ingrats[1]. »

Vous vous récriez! La paternité est un lien du sang!

Il est vrai; mais l'adoption ne forme qu'un lien civil.

Si vous admettez, mon cher collègue, que l'adoption peut être indissoluble — telle est l'adoption française[2] — vous devez, au moins, comprendre que vos adversaires maintiennent, abstraction faite de toute préoccupation religieuse, et comme un principe de morale et de droit, l'indissolubilité absolue du mariage, et qu'ils ne distinguent pas entre les époux qui ont des enfants et ceux qui n'en ont pas.

Pourquoi, d'ailleurs, c'est ma seconde réponse, vos contradicteurs qui voient, avec Hume, avec Rousseau, avec M. J. Simon..., un « obstacle invincible » à la dissolution, dans la présence d'enfants communs, seraient-ils forcés d'admettre le divorce parce qu'il y des mariages stériles? S'il n'est pas

1850, I, 672. — Compar. Merlin, *Répert.*, v° *Mariage*, sect. 3, § 1, n° 3. — Quel que soit, *en droit*, l'effet de l'amnistie sur un mariage dissous par la mort civile ou par le divorce, la question se pose en législation.

[1] Ozanam, *du Divorce*, œuvres complètes, t. VII, p. 158. — Le père ou le fils peut se rendre *indigne* de succéder et perdre le droit à la réserve. Mais la disposition du Code civil, qui consacre le devoir de respect (article 371) et les dispositions du Code pénal sur le parricide (art. 299 et 323) ne reçoivent aucune exception. — Nous pensons, avec M. Demolombe (t. IV, n° 51), que les faits, à raison desquels l'indignité est encourue, ne privent pas du droit aux aliments.

[2] Voy. MM. Aubry et Rau, t. IV, p. 648 et les auteurs cités dans la note 7.

Digitized by Google

possible de distinguer entre les deux cas, ne serait-il pas bizarre de faire la loi en vue de celui qui, de bien loin, est le moins fréquent?

Enfin, qu'il y eût des enfants ou qu'il n'y en eût pas, ce serait un effet de votre loi, que le conjoint d'un accusé aurait, pour recouvrer sa liberté, un immense intérêt à la condamnation perpétuelle de son époux. Or, la mort civile était réprouvée à raison de ce vice, entre autres, qu'elle intéressait à la condamnation de l'accusé ses parents même les plus proches! (Voy. *Rapport* de M. Demante, *Revue critique*, t. III, p. 100.)

Je me résume : sans invoquer l'autorité d'un dogme, l'indissolubilité qui est de l'essence du mariage, les devoirs de dévouement envers les enfants et de pardon envers le conjoint, les précédents qui défendent de rétablir dans la loi le principe du divorce, si fécond en conséquences funestes, subsistent, tout entiers, pour faire rejeter votre proposition de *dissolution facultative*.

Permettez moi, mon cher collègue, de renvoyer à la prochaine livraison ma réplique sur la prodigalité, et veuillez croire toujours à mon très-affectueux dévouement.

A. DUVERGER.

SUR LA CÉLÉBRATION DES MARIAGES,

Courtes observations par M. Théophile Huc, professeur du Code Napoléon à la Faculté de droit de Toulouse,

A PROPOS DE LA *RÉPONSE* ADRESSÉE A M. DUVERGER PAR M. BATBIE [1].

M. Batbie, ancien suppléant à la faculté de droit de Toulouse, aujourd'hui professeur d'économie politique à la faculté de droit de Paris, a publié récemment une étude ayant pour

[1] V. l'article publié dans la livraison de janvier 1867, p. 50.

Digitized by Google

sujet : la *révision du Code Napoléon*. L'auteur nous apprend dans sa *réponse à M. Duverger* (livraison de janvier dernier, p. 50), que son travail a été : « *attaqué de tous côtés, en province comme à Paris.* » Je n'ai jamais, pour mon compte, *attaqué* le travail de M. Batbie ; seulement dans une étude sur *le Code Napoléon comparé au Code civil italien*, j'ai eu plusieurs fois l'occasion de le mentionner et même d'en discuter quelques points.

Je l'ai fait en employant ces formules courtoises qui sont acceptées comme témoignage d'estime.

Il est cependant une proposition de M. Batbie que j'ai cru pouvoir réfuter avec quelque vivacité sans doute, mais sans m'écarter des convenances.

Cette proposition était ainsi formulée :

« Je voudrais, disait le professeur d'économie politique, que devant l'officier de l'état civil, les conjoints déclarassent s'ils entendent célébrer leur mariage religieusement ou non. Si non le mariage serait définitif ; *si oui*, la loi ne reconnaîtrait le mariage *qu'autant qu'on justifierait de la célébration religieuse.* Ainsi se concilierait le droit individuel avec l'intérêt général, et satisfaction serait donnée à la liberté de conscience *d'une manière pleine.* »

Cette satisfaction *donnée d'une manière pleine* m'a paru avoir pour conséquence nécessaire : 1° de rendre le mariage *conditionnel ;* 2° de faire résulter la preuve des mariages des registres des paroisses ; 3° de tendre au rétablissement des anciennes juridictions ecclésiastiques.

M. Batbie pouvait certainement protester que telles n'étaient pas ses intentions ; que mes craintes étaient mal justifiées, et les conséquences que je tirais de sa proposition un peu forcées ; — alors M. Batbie m'eût laissé le regret d'avoir donné involontairement à ma réfutation une forme qui lui avait déplu. M. Batbie a choisi un autre procédé, et, dans sa *réponse à M. Duverger*, il s'est exprimé à mon égard d'une manière qui a dû étonner les lecteurs de la *Revue*. Ainsi M. Batbie avance que je prends *des mots pour des raisons* (loc. cit., p. 55) ; il estime que mes raisonnements sont cornus, car *c'est entre leurs cornes qu'il doit passer*, mais *il trouve le passage facile* (p. 56). Ailleurs il trouve que j'ai le tort *de prendre les termes crus pour des pensées fortes* (p. 58) ; il proclame ensuite que j'ai *la tête*

Digitized by Google

dure (p. 59); enfin il déclare qu'en me lisant : *il lui semble vraiment entendre le docteur Purgon...*, etc.

Ce n'est pas tout; M. Batbie affecte à l'égard de l'honorable M. Duverger une politesse dont le but semble être de faire ressortir par le contraste son dédain pour tout ce que peuvent penser ou dire d'autres contradicteurs : « C'est à vous principalement que je répondrai, écrit-il à M. Duverger..., *avec vous*, d'ailleurs, il y a plaisir à lutter, parce que vous excellez à bien poser les questions, à éliminer ce qui est étranger au débat; vous ne permettez pas que la discussion s'égare, et je suis sûr de vous rencontrer sinon de vous convaincre (p. 50). » M. Batbie s'est cru autorisé à se montrer également acerbe à l'égard de M. Boissonade. Pourquoi? Parce que M. Boissonade avait trouvé *excellentes* les raisons qui me faisaient repousser le système de M. Batbie, et qu'il avait eu le tort de le dire dans un article publié par la *Revue* et où il a rendu compte d'un de mes travaux avec la bienveillance qui est dans son caractère.

Il est manifeste que M. Batbie s'est laissé aller à écrire des lignes, qu'il regrette sans doute, sous l'impression produite par d'injustes accusations dirigées contre lui : « Quelques personnes, dit en effet le professeur d'économie politique, m'ont témoigné de l'étonnement parce que dans le même travail j'avais fait ma proposition sur le mariage religieux, ce qui avait réjoui les catholiques, et demandé la dissolution facultative en cas de condamnation à une peine perpétuelle, ce qui les avait contristés. Qu'est-ce, a-t-on dit, que cet amas de contradictions, cette complication de tendances opposées? Vous n'êtes ni chair ni poisson, et vous cherchez à flatter tout le monde... » (p. 64). On me fera la grâce de croire que jamais je ne me serais permis de porter contre un collègue des accusations semblables.

Il est donc probable que M. Batbie a voulu seulement s'adresser à ses accusateurs, mais qu'il n'a pas été suffisamment maître de lui-même.

Ce point désormais éclairci, reste toujours la proposition de M. Batbie sur laquelle je demande la permission de m'expliquer.

On peut d'abord se demander pourquoi M. Batbie a cru devoir émettre des idées nouvelles sur la célébration du mariage.

Digitized by Google

J'avais pensé que c'était uniquement, comme il le dit lui-même, pour donner à la liberté de conscience *satisfaction d'une manière pleine;* ou bien qu'il avait cédé à la tendance naturelle qui porte les esprits timides et honnêtes à rêver des transactions impossibles entre des doctrines opposées. J'étais dans l'erreur; et le professeur d'économie politique, révèle, dans sa réponse à M. Duverger, le véritable motif qui l'a fait agir: « Je trouvais, dit-il, à cette proposition (relative au mariage) deux avantages. Premièrement, cette modification rendrait impossible, etc.... En second lieu, j'avoue que j'avais choisi cette question, certain qu'elle attirerait l'attention pour faire une expérience sur l'esprit libéral de notre temps. Sous ce dernier rapport ma tentative a obtenu un plein succès..... Je croyais avoir trouvé moyen d'assurer plus complétement la liberté de conscience, et je suis accusé par-ci de vouloir l'opprimer, par-là de ne pas l'opprimer assez » (p. 51). Il s'agissait donc de déterminer, à l'aide *d'une expérience,* le degré d'intolérance de l'esprit libéral de notre temps. Ce qui me surprend beaucoup ce n'est pas que M. Batbie se soit cru autorisé à faire une telle expérience, mais qu'il ait voulu la commencer au sein de l'Institut. Les membres de l'Académie des sciences morales et politiques qui ont admis le professeur d'économie politique à l'honneur de venir exposer ses idées devant eux, auront dû être médiocrement flattés d'apprendre, après coup, que l'intention du lecteur était uniquement de *faire une expérience* pour savoir s'il devrait les classer parmi les gens de *par-ci*, ou parmi les gens de *par-là*.

Quoi qu'il en soit reprenons la proposition de M. Batbie et voyons si elle n'a pas pour résultat de créer un mariage *conditionnel :*

« ..... *Si oui,* la loi ne reconnaîtra le mariage qu'autant qu'on justifiera de la célébration religieuse. »

M. Batbie soutient qu'il n'y a pas là de condition, mais seulement une solennité nouvelle, une *formalité ad solemnitatem,* comme il l'appelle..... « *Que vous avez la tête dure, Messieurs!* dit-il à M. Boissonade et à celui qui écrit ces lignes; *où donc avez-vous lu que la formalité ad solemnitatem est une condition? Vous oubliez, sur ma foi, quand vous écrivez, les leçons que vous donnez ex cathedra sur la nature de la condition.* » M. Duverger a le droit de prendre pour lui le tiers du compli-

Digitized by Google

ment; « j'ai été fort surpris, lui dit en effet M. Batbie, de voir que vous-même, mon cher collègue, ayez confondu ces deux notions pourtant bien distinctes. » (P. 54.)

Il s'agit donc de savoir ce qu'il faut entendre par formalité *ad solemnitatem* et par *condition*.

« La condition, dit M. le professeur d'économie politique, est un événement futur et incertain qui dépend ou du hasard (*condition casuelle*) ou de la volonté de l'une des parties contractantes (*condition potestative*). » (P. 55, note 1.)—Je préfère la définition suivante : La condition n'est pas un événement, c'est une *clause restrictive*, par laquelle *les parties contractantes* déclarent subordonner la formation ou l'extinction d'un droit à un événement futur et incertain, qui dépend ou du hasard ou de la volonté des parties.

Une formalité requise *ad solemnitatem*, est au contraire une solennité extérieure, à l'accomplissement de laquelle *la volonté du législateur* a subordonné un effet juridique déterminé. Une telle solennité s'impose aux parties qui ne peuvent ni s'en affranchir ni la modifier. C'est de plus une vérité élémentaire que la volonté privée des parties est impuissante à créer des *solennités*.

Si les parties sont autorisées à subordonner les effets juridiques d'un contrat quelconque à l'accomplissement d'une formalité ultérieure, il est manifeste que cette formalité ultérieure ayant son fondement dans la *commune volonté des parties* et non dans une *exigence de la loi*, ne devra jamais être considérée comme une *solennité*.

Comment faudra-t-il donc la considérer?

Si les parties ont envisagé l'accomplissement de cette formalité comme *incertain*, c'est-à-dire, comme pouvant se produire ou ne pas se produire *dans l'avenir*, elles lui ont donné le caractère véritablement *conditionnel;* elles ont introduit dans leur contrat une condition en déclarant subordonner tel effet juridique à l'accomplissement *futur* et *incertain* d'une formalité purement *facultative*, que la loi ne leur imposait pas.

Il convient de remarquer cependant qu'une telle condition ne pourra s'accomplir que par le concours simultané des deux parties. Il est vrai que M. Batbie a écrit : « qu'on n'a jamais appelé *condition* une formalité pour laquelle le consentement *des deux parties* est exigé. » (P. 55, note 1.....) Je prétends

Digitized by Google

qu'on a toujours appelé *condition* une clause qui subordonne un effet juridique quelconque à une formalité pour l'accomplissement de laquelle le consentement d'une partie, ou de toutes deux, ou même d'un tiers est exigé ; au point de vue qui nous occupe, la chose est totalement indifférente. Je crois que M. Batbie restera en dehors de la vérité s'il persiste à croire et à écrire le contraire. S'il a plu à deux personnes, dans un contrat ordinaire, de subordonner la naissance d'un droit à l'accomplissement d'un fait pour lequel le concours de toutes les parties est nécessaire, le contrat sera donc conditionnel; la condition sera *potestative* de la part des deux parties, le contrat ne sera valable que si la condition n'est pas *purement* potestative.

Cette observation nous permet d'adresser à la théorie de M. Batbie un nouveau reproche; nous repoussons en effet sa théorie : 1° parce qu'elle subordonne le mariage à une condition; 2° parce que la condition dont il s'agit requiert précisément pour son accomplissement le concours simultané des deux parties.

Or une telle particularité qui se rencontre quelquefois, et qui est sans inconvénient dans un contrat ordinaire où il n'est question que d'intérêts matériels, est au contraire inadmissible dans le mariage. Quand même, ce qui serait déjà monstrueux, on voudrait admettre des mariages conditionnels, il faudrait tout au moins décider qu'il ne pourrait être question que de conditions purement casuelles, et proscrire avec soin l'emploi des conditions potestatives, surtout des conditions qui seraient potestatives à un double point de vue, c'est-à-dire de la part des deux parties.

Voyons en effet comment pourrait fonctionner le système de M. Batbie :

Les parties ont déclaré devant l'officier de l'état civil qu'*elles veulent subordonner la perfection du mariage à la célébration religieuse;* j'emploie les expressions dont se sert M. Batbie dans la modification qu'il propose d'apporter à l'article 75 du Code Napoléon (p. 57); en conséquence, le maire reçoit leur déclaration, *il prononce au nom de la loi qu'elles sont unies par le mariage.....* Mais comme les parties ont voulu *subordonner* la *perfection* du mariage à une formalité ultérieure, elles ne sont pas encore mariées. Les parties se retirent donc devant

Digitized by Google

le ministre du culte, et font procéder à la célébration religieuse de leur mariage..... Les parties ne sont pas encore mariées! « *L'acte de mariage,* en effet, *ne sera parfait,* ainsi le veut M. Batbie, *que par la mention de cette célébration en marge du registre de l'état civil!* »

Comment se fera cette mention? Aura-t-elle lieu sur la réquisition d'une seule des parties ou sur la réquisition de toutes deux? « *C'est sur la réquisition des parties,* » dit M. Batbie. « Si aux yeux de l'une d'elles, *tout ne s'est pas bien passé,* elle n'aura qu'à ne pas consentir à laisser mettre la mention sur le registre de l'état civil. » (P. 57.)

Donc après avoir été mariées deux fois, si l'on peut ainsi parler, d'abord devant le maire et puis devant le ministre du culte, les deux parties se trouveront encore privées de toute garantie; chacune se trouvera livrée à la merci de l'autre! Celle qui pensera que *tout ne s'est pas bien passé,* n'aura qu'à ne pas consentir à la *mention en marge,* et tout sera dit, il n'y aura pas mariage!... Quant à la partie qui pensera au contraire que *tout s'est bien passé,* de quoi se plaindrait-elle? Il n'y a jamais eu qu'un mariage *imparfait,* et la *solennité* qui devait le rendre *parfait* n'a pu s'accomplir. Que si elle persiste à se croire mariée, au moins d'après les lois divines sinon d'après les lois humaines, elle en a parfaitement le droit, et de cette façon, *satisfaction* est donnée à la liberté de conscience *d'une manière pleine!*

Ce n'est pas tout : M. Batbie ne fixe pas les délais dans lesquels doivent se succéder les divers actes de son mariage *simplifié.* Y aura-t-il donc, après la célébration civile un délai quelconque dans lequel les parties devront faire procéder à la célébration religieuse? Non, M. Batbie n'en établit aucun, et ne pouvait pas d'ailleurs en établir. Voici pourquoi : si M. Batbie avait fixé un délai, il aurait fallu déterminer les effets de l'expiration de ce délai; or pouvait-on décider qu'à l'expiration d'un délai quelconque la célébration religieuse serait tenue pour accomplie? Évidemment non; cela eût été contraire au but que M. Batbie voulait atteindre. Pouvait-on décider qu'à l'expiration d'un délai quelconque, faute par les parties d'avoir fait procéder à la célébration religieuse, la célébration civile serait considérée comme non avenue, de manière à obliger les parties à procéder à nouveau devant l'officier de l'état civil,

Digitized by Google

quand même elles se seraient mises tardivement d'accord pour réclamer la célébration religieuse? Non, encore; car cela eût été absurde dans un sens inverse. Donc aucun délai ne pourrait être imposé aux parties pour faire suivre la célébration civile d'une célébration religieuse. Donc un intervalle *d'une durée indéfinie* pourra séparer les deux premiers actes du mariage *simplifié*.

Dans cet intervalle les deux parties sont-elles liées d'une manière quelconque, ou ne le sont-elles pas? Si elles ne sont pas liées, la célébration devant l'officier de l'état civil a le caractère de *simples fiançailles*..... « Quand même cela serait vrai, dit M. Batbie, je n'y verrais que *peu* d'inconvénients!..... » Mais cela n'est pas vrai; les parties sont tout de suite liées, d'une manière *imparfaite*, sans doute, mais enfin elles sont liées : « Lorsque les époux déclarent qu'ils veulent célébrer le mariage religieusement, écrit M. Batbie, c'est encore *l'acte devant* le maire qui sera l'acte de mariage; seulement il ne sera *parfait* que par la mention en marge du fait de la célébration religieuse. Mais c'est à *cette preuve* qu'il faudra recourir toutes les fois que le mariage sera contesté *quant à son existence* ou à SA DATE. Qu'y a-t-il là de commun avec les fiançailles? Les fiançailles n'ont jamais été le mariage, et partout et en tout temps elles n'ont été qu'une promesse; jamais on ne leur a reconnu la force d'un acte de mariage. » (P. 55-56.) Voilà qui est clair; — les parties sont liées par le fait de la célébration civile, mais d'une manière *imparfaite*. Si la *mention en marge* est faite plus tard, le mariage remontera, *quant à son existence* et *quant à sa date*, au jour de la célébration civile!... Les parties sont donc liées *conditionnellement;* elles seront liées tant qu'il ne sera pas sûr que la condition est défaillie, l'incertitude pourra durer tant que les deux parties vivront encore!...

Cependant M. Batbie persiste à soutenir qu'il n'y a pas condition : « La donation, l'hypothèque, les conventions matrimoniales, dit-il, ne sont parfaites que moyennant certaines solennités. Enseignez-vous qu'avant la réalisation de ces formes il y avait un contrat conditionnel? Non, et vous dites, ce qui est vrai, qu'il n'y avait pas contrat... » (P. 55.)

RÉPONSE : Il est vrai que la donation, l'hypothèque, les conventions matrimoniales ne sont parfaites que moyennant cer-

Digitized by Google

taines *solennités*, et qu'avant la réalisation de ces *formes* il n'y a pas contrat... Mais il s'agit ici de tout autre chose.

Enfin la pièce arrive péniblement jusqu'au troisième acte. Il y a eu célébration civile; il y a eu célébration religieuse... Les parties ont-elles au moins fait un pas qui les rapproche du dénoûment? Pas encore; elles sont aussi peu libres, aussi peu engagées qu'avant; on ne sait pas encore ce qu'elles sont; tout dépend de la *mention en marge*, cérémonie auguste, résumant l'action combinée des lois divines et humaines! Mais dans quel délai devra avoir lieu cette *mention?* Il n'y en a pas et il ne pouvait y en avoir par les mêmes raisons qui empêchaient d'en établir un pour la célébration religieuse. Voilà donc un second intervalle, je dirais volontiers un *entr'acte*, également d'une *durée indéfinie*... Pour ce second intervalle on peut poser les mêmes questions que pour le premier, et les réponses seront les mêmes.

Telle est la conception de M. Batbie en ce qui touche la *célébration du mariage*. Les inconvénients de ce système sont nombreux; mais ils proviennent d'un vice unique, de la méconnaissance ou de l'oubli de la notion abstraite sur laquelle repose toute célébration du mariage.

Quelles que soient les idées qu'on adopte sur le mariage; qu'on veuille le soumettre à la loi civile ou à la loi religieuse; quelle que soit la théorie du législateur, sous n'importe quelle latitude qu'on se place, quelle que soit la période de l'histoire à laquelle on veuille bien s'arrêter, toujours la notion d'une célébration du mariage sera la même: Toute célébration du mariage doit être forcément réduite à une forme unique, indivisible dans toutes ses phases, exclusive de tout intervalle pendant lequel les parties pourraient faire autre chose. Une célébration du mariage n'est et ne peut être que cela, c'est-à-dire précisément le contraire de ce qu'a imaginé M. Batbie.

Continuons notre examen; supposons que la *mention en marge* ait été faite; — comment alors calculera-t-on la durée des grossesses? — Le point de départ de la période de gestation a été fixé au premier moment où la cohabitation pouvait légalement et moralement être présumée. Or, dans le système de M. Batbie, quel est ce moment? C'est celui où le mariage sera *parfait* par la *mention en marge*. C'est seulement à partir de ce moment que la cohabitation pourra être moralement

Digitized by Google

présumée. — Or quelle sera la date du mariage? L'acte dressé par l'officier de l'état civil, car « c'est à cette preuve qu'il faudra recourir, dit M. Batbie, toutes les fois que le mariage sera contesté quant à son existence *ou à sa date.* » (P. 56.) — C'est-à-dire que le point de départ de la période de gestation sera fixé à un moment qui sera, peut-être, de beaucoup antérieur à celui où la cohabitation pourra être moralement présumée. Si M. Batbie avait voulu fixer ce point de départ au moment de la *mention en marge,* l'inconvénient eût été le même en sens inverse, car alors ce point de départ eût été placé à une époque qui pouvait être de beaucoup postérieure au moment où la cohabitation pouvait être moralement présumée.

Tout cela s'explique par cette considération que M. Batbie s'est figuré qu'en désignant une *condition* par l'expression *formalité* AD SOLEMNITATEM, il parlait d'autre chose.— Dès lors, il a introduit, sans s'en douter, une véritable condition dans le mariage. Mais comme un jurisconsulte ne peut se mettre en dehors du bon sens juridique, il a fallu qu'en vertu de la logique naturelle de son esprit, il admît, toujours à son insu, les conséquences naturelles des prémisses par lui posées. Or, du moment qu'il avait subordonné le mariage à une *formalité* qui se trouvait être une *condition*, il fallait bien que la condition une fois accomplie eût un effet rétroactif au jour du contrat (art. 1179 C. Nap.). — Voilà pourquoi M. Batbie a dû décider que la *mention en marge* rendait *parfait* un mariage qui jusqu'alors était *imparfait*, et cela d'une manière rétroactive quant à *l'existence* et quant à la *date* de ce mariage.

M. Batbie conclut ensuite en ces termes : « Exiger une solennité nouvelle, surtout lorsqu'elle a été demandée par les parties (une *solennité* demandée par *les parties!*), cela n'est contraire ni aux principes du droit, ni aux principes de la morale, ni aux principes de quoi que ce soit. » (P. 59.)

J'estime que *cela* est au contraire aux principes du droit, et que, du moins dans l'espèce, *cela* est contraire aux principes de la morale. Maintenant *cela* est-il contraire ou conforme aux principes de *quoi que ce soit?* Il me serait impossible d'avoir à cet égard une opinion quelconque, et je m'incline devant la compétence supérieure de M. Batbie.

J'ai encore avancé que la proposition de M. Batbie condui-

Digitized by Google

sait à faire résulter désormais la preuve du mariage des registres des paroisses, et par voie de suite, rendrait indispensable le rétablissement des anciennes officialités. M. Batbie ne pourrait sérieusement contester l'exactitude de mon observation, il avait en effet présenté d'abord sa proposition dans la forme suivante : « *La loi ne reconnaîtrait le mariage qu'autant qu'on justifierait de la célébration religieuse.* » Or comment pourrait-on *justifier* de la célébration religieuse, sinon par un *extrait des registres des paroisses?* Donc c'est des *registres des paroisses* qu'il faudrait extraire la *justification écrite* du fait auquel la loi subordonnerait la reconnaissance du mariage...

M. Batbie a cru échapper au reproche qui lui était adressé en modifiant dans sa réponse à M. Duverger, sa proposition première, et en imaginant cette singularité de la *mention en marge*, dont il n'avait pas d'abord parlé. L'invention ne paraît pas heureuse; elle ajoute un nouveau caractère d'étrangeté au mariage organisé par M. Batbie, et laisse subsister toutes mes critiques.

Qu'est-ce, en effet, que cette *mention en marge*? Et d'abord, la *mention* de quoi? — Ce ne peut pas être, évidemment, la mention de l'acte constatant la célébration religieuse et rédigé par le ministre du culte. Car l'efficacité d'une *mention* ne pouvant résulter que de sa *conformité* avec l'acte *mentionné;* M. Batbie en exigeant la mention de l'acte religieux se serait référé aux registres des paroisses, ce qu'il ne veut pas faire, dit-il.

Aussi M. Batbie exige-t-il seulement la mention du *fait* de la célébration. Les parties se présenteront purement et simplement devant le maire, et lui déclareront qu'elles ont fait procéder à la célébration religieuse de leur mariage, sans avoir besoin de justifier par la production d'aucune pièce de l'exactitude de leur affirmation, que le maire mentionnera en marge de l'acte civil déjà rédigé.

Mais la mention d'un *fait* ne peut tirer son efficacité que de l'existence du fait mentionné. — Donc si l'une des parties soutient plus tard, pour faire tomber le mariage, que la célébration religieuse n'a pas eu lieu, alors que devant l'officier de l'état civil elle avait déclaré : *vouloir subordonner la perfection du mariage* A CETTE CÉLÉBRATION (ce sont les termes mêmes de l'art. 75 du Code Napoléon, modifié par M. Batbie),

Digitized by Google

si elle affirme que la mention qui a été faite de cette célébration est mensongère, il faudra bien pour juger la question compulser *les registres des paroisses*, qui, désormais, seront ainsi l'élément le plus important de la preuve des mariages. — Il faudra, dès lors, que le pouvoir civil et l'Église se mettent d'accord pour réglementer la tenue, la conservation, etc., des registres des paroisses...

Pour écarter ces conséquences, M. Batbie déclarera peut-être que du moment que le fait, même faux, d'une prétendue célébration aura été mentionnée sur la réquisition des parties, aucune preuve ni allégation ne pourra être admise contre la sincérité de la *mention en marge*. Il me semble que dans un système qui a pour but de donner satisfaction à la conscience *d'une manière pleine* une telle décision serait inadmissible Aussi n'ai-je pas le droit de dire que M. Batbie pourrait l'adopter. Il paraît cependant qu'il s'en rapproche beaucoup, car nous allons voir que, sans s'en douter, et même, ce qui est un peu fort, en protestant du contraire, il force les parties à se contenter d'une célébration *quelconque*, c'est-à-dire d'un vain simulacre.

Je pensais en effet que, pour être logique, M. Batbie entendait que la célébration religieuse, dont mention serait faite en marge de l'état civil, serait un acte sérieux; — d'où résultait pour moi la nécessité de rétablir les tribunaux ecclésiastiques pour statuer sur les difficultés que pourrait présenter l'observation des règles canoniques.

M. Batbie ne l'entend pas ainsi : « Lorsque, dit-il, les parties seront revenues devant l'officier de l'état civil pour faire mettre en marge de l'acte la mention de la célébration religieuse, la mention prouvera que la célébration a été faite conformément à leur volonté, et cette reconnaissance emportera renonciation à toute nullité du chef des lois canoniques. Il n'y aura donc que des nullités purement civiles... Du reste, puisqu'il s'agit d'une loi à faire, *rien de plus aisé* que de bien déterminer ce ce que l'on veut et ce que l'on ne veut pas. » (P. 56.) Quand on a posé un principe sans en apercevoir les conséquences fâcheuses, *rien n'est plus aisé*, en effet, que de répudier ces conséquences; ainsi entendu, le rôle de législateur est d'une incontestable facilité. Aussi M. Batbie insère-t-il dans son projet de loi la disposition suivante : « La mention en

Digitized by Google

marge faite sur la réquisition des parties emportera renonciation à toute nullité fondée sur les usages et règlements en matière de célébration religieuse. » M. Batbie, satisfait du résultat, proteste « qu'il ne force pas la partie à se contenter d'une célébration quelconque; et si à ses yeux tout ne s'est pas bien passé, elle n'aura qu'à ne pas consentir à laisser mettre la mention sur le registre de l'état civil. Mais une fois qu'elle aura consenti, elle aura reconnu que sa volonté a été exécutée. » (P. 57.)

Cette manière d'envisager les choses permet de supposer que M. Batbie admet : Que le législateur peut tout faire, et jouit au suprême degré de *la liberté de l'inconséquence;* Que l'on peut renoncer valablement à toute sorte de nullités; Que l'on peut même être présumé y avoir renoncé avant que la cause de la nullité soit connue ou seulement soupçonnée.

Sans doute, il est certaines nullités qui peuvent être couvertes; — ainsi nous admettons que lorsque le mariage est annulable à raison d'un vice du consentement, la partie dont le consentement a été vicié peut valablement renoncer à invoquer une telle cause de nullité. Mais lorsqu'il s'agit de nullité d'ordre public, ou de l'absence de l'une des conditions requises pour l'existence même du mariage, une telle renonciation est impossible, et ne saurait dès lors être présumée. Donc, en supposant la loi rédigée comme le veut M. Batbie, on ne pourrait attribuer à la mention en marge d'autre effet que celui d'effacer les nullités susceptibles d'être couvertes; la *mention en marge* laisserait subsister les autres.

Je pourrais trouver dix hypothèses où, malgré la renonciation implicite qui satisfait M. Batbie, il y aurait encore lieu d'apprécier l'existence ou la validité d'un mariage au point de vue des règles du concile de Trente. Je me bornerai à en indiquer une seule, et, pour n'être pas traité de pédant comme cela est arrivé à quelques-uns de ceux qui ont pris la liberté de contredire M. Batbie, je l'emprunterai modestement à un dictionnaire, — celui de Ferrières, où j'ai lu les lignes suivantes : « Si, au mépris des lois respectables qui l'ordonnent, les parties ont été unies par un prêtre sans pouvoir, ce mariage n'est qu'une ombre de mariage; en sorte que, non-seulement il est facile de rompre un pareil engagement, mais il n'est pas même permis d'y persévérer; en sorte que ceux qui sont unis

Digitized by Google

par un tel mariage, doivent en faire célébrer un autre par leur curé ou par le curé de l'un d'eux. » (V° *Mariage*, p. 193.)

Supposons donc qu'après la *mention en marge* l'un des conjoints découvre que le ministre célébrant était sans pouvoirs, ou même qu'il n'avait pas du tout la qualité de ministre, de sorte qu'il n'y a eu qu'une vaine apparence de célébration, est-ce que la *mention en marge* pourrait le faire considérer comme ayant renoncé à une nullité qu'il ne connaissait pas, et fondée sur l'absence d'une condition essentielle à l'existence même du mariage? Personne n'oserait le soutenir.

Par conséquent, si l'on reconnaît aux futurs conjoints le droit de subordonner la perfection du mariage à une célébration religieuse, il faut que cette célébration ait, au moins, les caractères qui seuls peuvent la rendre sérieuse et efficace. On ne peut pas admettre que leur conscience en exigeant cette sanction religieuse ait voulu se contenter d'un simulacre quelconque. Il faut donc, si des difficultés s'élèvent sur l'application qui aura été faite des règles canoniques, que des tribunaux spéciaux, qui ne peuvent être les tribunaux civils, soient institués pour en connaître.

M. Batbie proteste « qu'il ne se propose pas de rétablir les juridictions ecclésiastiques, ni les nullités canoniques, ni les promoteurs, ni les monitoires... » — La protestation est inutile; je n'ai jamais supposé que M. Batbie eût jamais eu une telle pensée; je crois même qu'il la combattrait si elle se produisait ouvertement. Mais j'ai dit et je persiste à croire que son système conduirait fatalement à un pareil retour vers le passé.

Mais si le système de M. Batbie est inacceptable, quel est donc celui qu'il conviendrait d'adopter? — J'estime qu'il n'y a lieu d'apporter aucun changement à ce qui est, parce que *ce qui est* est précisément ce qui doit être, et je n'aperçois nulle part les inconvénients qui attristent le cœur généreux de M. Batbie.

D'abord il arrive très-rarement que l'un des conjoints refuse, après l'acte civil, de procéder à la célébration religieuse. Il est vrai que le nombre ne fait rien à la question, mais il est toujours bon de constater qu'il ne s'agit en réalité que de cas tout à fait isolés et exceptionnels. Ensuite, chaque fois que ce refus pénible se produit, c'est toujours à l'occasion d'unions

Digitized by Google

contractées légèrement, sans réflexion suffisante, entre personnes se connaissant à peine, et qui de plus ont eu le tort de laisser un intervalle trop long s'écouler entre la célébration civile et la célébration religieuse. Un tel refus s'explique alors presque toujours par quelque cause de mésintelligence postérieure à la célébration civile, ou c'est une manœuvre ayant pour but d'arracher de nouvelles concessions ou des avantages pécuniaires.

Le véritable remède à la situation dont s'est préoccupé M. Batbie est à la disposition des intéressés eux-mêmes. Que les fiancés qui tiennent à la célébration religieuse de leur mariage ne consentent à s'unir qu'avec des personnes suffisamment connues, et dont les sentiments religieux manifestés hautement donnent une garantie suffisante, et jamais ils ne se trouveront exposés à subir un refus impie; qu'ensuite ils ne tolèrent pas que la cérémonie religieuse soit retardée sous un prétexte quelconque, car ce retard crée toujours des situations équivoques et pleines de péril. Il vaudrait mieux, si la célébration religieuse n'était pas actuellement possible, retarder aussi le mariage civil.

Si au lieu d'agir avec cette prudence si naturelle, les parties courent en quelque sorte vers l'inconnu avec une précipitation coupable, tant pis pour elles..... Je ne vois pas la nécessité de troubler toute l'économie de notre Code, et d'altérer le caractère exclusivement *civil* de nos institutions pour donner satisfaction à quelques étourdis victimes de leur irréflexion.

Aussi la question n'a-t-elle guère qu'une valeur théorique, et le tort de M. Batbie est d'en avoir singulièrement exagéré l'importance. D'ailleurs je n'ai jamais suspecté ses intentions, qu'il veuille bien le croire ; j'ai pu seulement l'accuser d'erreur involontaire. Qui pourrait affirmer ne s'être jamais trompé, et n'être point exposé à se tromper un jour!... Dans la région des principes, on peut se contredire sans se heurter jamais, et il n'y a lieu ni à s'accuser ni à se défendre. Continuons donc *pacifiquement* des luttes *pacifiques*. Pourquoi, en effet, irions-nous multiplier encore les causes qui nous divisent? Ne vivons-nous pas dans une époque assez tourmentée pour que les représentants de la science du droit donnent, eux du moins, l'exemple de l'union, malgré la divergence de leurs conceptions dont le

Digitized by Google

but doit toujours être le même : *la réalisation du bien par la formule la plus exacte du vrai*, c'est-à-dire *du juste?*

Ce n'est pas un avis que nous donnons ici; c'est un vœu que nous exprimons : oublions les personnes pour ne songer qu'aux doctrines; respectons-nous les uns les autres! Ces sentiments sont du reste ceux de M. Batbie comme de tous les vrais jurisconsultes; s'il a pu écrire quelques paroles amères, la responsabilité en appartient aux esprits chagrins qui ont critiqué ses opinions avec une soupçonneuse malveillance. Ces paroles ne pouvaient en réalité s'adresser à moi, et dès lors il n'y a aucune raison pour que je ne tende pas à un collègue estimable une main qui n'a jamais cessé d'être amie.

THÉOPHILE HUC.

OBSERVATION DE M. BATBIE.

Je ne répondrai pas aux premières pages de l'article qui précède. M. Huc attaqué s'est défendu, et il ne m'appartient pas de juger le mérite de sa défense. Ayant déjà spontanément exprimé le regret d'avoir touché à la personne de mon contradicteur, je ne crains pas de m'en rapporter aux impressions du lecteur.

Quelques mots seulement de réponse sur le fond de la question; car mon contradicteur persiste dans ses propositions. Non content de persévérer dans sa doctrine, il invoque des propositions auxiliaires qui, à mon sens, aggravent sa première erreur. Ainsi, d'après lui, c'est une vérité élémentaire que la volonté des parties ne crée pas des *solennités*. Les parties pourraient cependant convenir qu'un contrat de vente, par exemple, ne serait parfait que par la rédaction d'un acte notarié. Il est certain que si les contractants n'avaient pas renoncé, par un mutuel dissentiment, à cette formalité, œuvre de leur convention, les tribunaux de tous les arrondissements ne feraient exécuter la vente qu'après la rédaction de l'acte notarié. J'ignore à quelle source la doctrine de mon honorable collègue a été puisée; mais elle est bien absolue, et je crois que, pour l'honneur de notre profession, il faut la bannir de l'enseignement. Pour tout dire, je ne me doutais

Digitized by Google

pas que cette proposition, — *élémentaire* si l'on veut, mais inexacte, — fût enseignée dans aucune des Facultés de l'Empire.

M. Huc donne une nouvelle définition de la condition qu'il substitue à celle de la loi. « La condition, dit-il, n'est pas « un *événement futur et incertain*, mais une *clause restrictive* « par laquelle les parties contractantes déclarent subordonner « la formation ou l'extinction d'un droit à un événement futur « et incertain qui dépend du hasard ou de la volonté des par- « ties. » — Cette définition suppose qu'il n'y a que des conditions conventionnelles; or, il est assurément élémentaire qu'il y a des conditions légales et des conditions testamentaires. La loi définit la condition un *événement futur et incertain* et non une *clause restrictive*, précisément parce que l'origine de cette modalité n'est pas unique. Mais là n'est pas l'erreur principale de mon contradicteur. La condition est une modalité qui suppose un *contrat parfait* et un *droit acquis*, pour les parties ou au moins pour l'une d'elles, à profiter de l'événement dès qu'il se réalise. Il n'y a pas évidemment condition si, d'après la clause restrictive, il n'y a perfection du contrat qu'à l'accomplissement d'une formalité dont l'exécution exige la volonté des deux parties. Car, avant cette formalité, il n'y a pas de contrat parfait ni de droit acquis pour personne. M. Duverger l'a reconnu dès que, répondant à ses questions, j'ai dit que, dans mon opinion, le mariage ne produirait pas d'effet civil avant la mention de la célébration religieuse.

M. Huc considère comme une proposition inattaquable que la célébration du mariage doit *être indivisible*. C'est *l'unité de contexte* appliquée une fois de plus! — L'adoption, qui est un contrat solennel analogue au mariage, s'éloigne beaucoup de cet idéal, et le professeur qui se moque des *actes* et des *entr'actes* de ma proposition doit sans doute égayer son auditoire par une critique amusante du titre de l'Adoption, lorsqu'il explique cette matière. Ce n'est pas la seule occasion que le Code lui fournisse. La donation, qui est aussi un contrat solennel, a ses actes et son entr'acte. Si elle n'est pas acceptée au moment où elle est faite, il faut pour avoir le dénoûment qu'elle soit notifiée par un huissier. Ainsi, pour continuer la comparaison, c'est une pièce où l'on trouve des notaires

Digitized by Google

et des sergents, comme à la Comédie-Française. L'hypothèque, autre contrat solennel, a aussi ses péripéties dramatiques, et cette pièce n'observe même pas l'unité de lieu. Après avoir constitué l'hypothèque devant le notaire, il faut la faire inscrire chez le conservateur. Je signale ces observations à mon contradicteur. S'il se moque de mes conceptions comme il en a le droit, qu'il tourne aussi en dérision le législateur. En pareille compagnie, je supporterai toutes les plaisanteries, fines ou grossières, de mes contradicteurs quels qu'ils soient.

Toutes les autres questions et objections tombent devant cette observation que, d'après ma proposition, les effets civils ne datent que du jour où la célébration religieuse est mentionnée en marge de l'acte. — Quelle difficulté éprouvera-t-on pour calculer les délais de la grossesse? — Je ne répondrai pas aux objections tirées de l'obligation de consulter les registres des paroisses. — Je répète, pour la dernière fois, que la preuve résultera de la mention sur le registre de l'état civil. Cette mention n'est cependant pas une chose nouvelle, et l'adoption nous en offre un exemple qui aurait dû prévenir toute difficulté. Mon honorable collègue me demande comment se fera cette mention. Je lui réponds par cette autre question, à la quelle il est certainement bien en état de répondre : Comment se fait la mention qui doit être faite dans les trois mois de l'adoption d'après l'article 359 du Code Napoléon? Mais il est facile d'accumuler les difficultés lorsqu'on est décidé à en trouver. Le véritable esprit scientifique cependant consiste à chercher des solutions et non des objections. M. Huc appelle la mention en marge une *singularité*. Quel aveuglement! Cependant il sait bien qu'en matière hypothécaire la mention en marge est une *singularité* qui a son importance. Surtout ce n'est pas une invention. L'article 101 du Code Napoléon, sur la rectification des actes de l'état civil, contient cette singularité qui, d'après M. Huc, n'est pas une *invention heureuse*. Comment a-t-il pu croire que c'était une nouveauté? A-t-il encore une fois oublié les éléments et s'est-il égaré dans les actes de l'état civil comme dans la matière de la condition?

Je ne parlerai pas des officialités qui n'ont rien à faire dans la question. Quant à la liberté de conscience, je n'ignore pas que pour satisfaire entièrement les catholiques, il faudrait que

Digitized by Google

la loi laissât la matière du mariage dans le domaine des sacrements. Mais dans un pays où plusieurs religions reconnues coexistent, cette concession est difficile pour ne pas dire impossible. Tout ce que le législateur peut faire et ce que je cherche, c'est d'assurer la liberté des contractants. Le Code italien a résolu la question en laissant aux parties la faculté de commencer par le mariage religieux ou par le mariage civil; c'est à mon sens, et d'après l'opinion la plus généralement acceptée, le moyen le plus simple. M. Huc, au contraire, le rejette à cause des mystères de la grande ville; d'autres craignent l'ignorance des campagnes. Le second moyen consisterait dans l'adoption du système que j'ai proposé; ce système a déjà été pratiqué à Naples, et l'expérience a démontré qu'il n'était pas chargé des difficultés que l'esprit inventif de mes contradicteurs a soulevées; car, cette combinaison n'est pas plus nouvelle qu'elle n'est singulière[1]. A. BATBIE.

[1] Voici les articles du Code des Deux-Siciles qui se réfèrent à la question :

« Art. 148. La promesse de mariage n'a d'effet que lorsqu'elle est faite devant l'officier de l'état civil.

« Art. 175. L'acte de promesse susénoncé sera célébré publiquement en présence de l'officier de l'état civil du domicile de l'un des contractants.

« Art. 189. Le mariage non célébré en présence de l'Église, dans les formes prescrites par le concile de Trente, ne produira pas d'effets civils ni à l'égard des époux ni à l'égard des enfants. »

Ma proposition ne va pas aussi loin que le Code des Deux-Siciles; mais elle n'est que le système déjà pratiqué à Naples, avant la promulgation du nouveau Code italien, avec les modifications que réclament l'état de l'opinion dans notre pays. (V. Anthoine de Saint-Joseph, t. I, p. 14 et suiv.)

Digitized by Google

UNE LACUNE DU RÉGIME HYPOTHÉCAIRE EN ALGÉRIE.

LA FEMME ARABE.

Par M. Robinet de Cléry, procureur impérial à Oran.

« Il faut faire céder la sûreté du majeur qui « prête et qui acquiert à celle de la femme..... « que son état rend incapable de se protéger « elle-même. » (Napoléon, premier consul. — Séance du Conseil d'Etat du 9 février 1804 [1].)

I.

Le mariage crée, entre l'homme et la femme, une association d'efforts pour la prospérité de la famille qu'il est appelé à continuer. La fortune de chacun des époux, leur travail journalier, leur industrie constituent le fonds social qu'une intime union, une sage économie, une administration prudente doivent, non-seulement conserver, mais accroître.

S'il en était toujours ainsi, la législation pourrait supprimer ses plus longs chapitres consacrés au règlement de la société conjugale. On pourrait sans crainte confondre deux fortunes en unissant deux existences.

Malheureusement la prospérité de la famille ainsi fondée n'est pas une règle sans exception. Sur la mer orageuse de la vie, la loi a dû prévoir les naufrages et, en cas de désastre, faire équitablement la part de chacun.

Quelquefois, par un sentiment généreux et louable, la femme voudra partager la mauvaise fortune du mari que frappe une ruine imméritée; elle voudra l'aider de ses deniers à sauver l'honneur du nom porté en commun et que porteront les enfants. Elle le fera partout où elle sera vraiment soucieuse de sa dignité d'épouse et de mère.

Mais la loi ne saurait lui imposer ce sacrifice. Elle est, comme une autre, créancière du mari; elle peut faire valoir ses droits comme elle peut y renoncer. Une législation sage

[1] Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, p. 825.
Après la discussion ainsi résumée par le premier consul, le conseil adopta en principe :
« Que la sûreté de la femme..... doit être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs. »

Digitized by Google

doit lui conserver intacte cette situation, pour qu'au jour d'une catastrophe il lui soit loisible de prendre un parti réfléchi, suivant que ses instincts font pencher la balance du côté de ses intérêts ou du côté de ses sentiments. N'arrive-t-il pas aussi trop souvent qu'elle se trouve victime d'une inexcusable prodigalité qui n'a profité ni à elle ni à ses enfants? La loi serait souverainement injuste si elle l'enchaînait, victime innocente, sur le navire que la faute seule du pilote fait sombrer.

Elle est donc créancière; mais, pendant les jours calmes du mariage, sa situation n'a pas été celle d'une créancière ordinaire. Placée sous la domination du mari qui administre pour elle comme pour lui, elle a le plus souvent ignoré l'abîme dans lequel étaient précipités les intérêts communs. Elle est réveillée par la ruine comme par un coup de foudre : elle n'a pu prendre aucune mesure. Si sa perspicacité lui a fait prévoir l'événement qui la menaçait, elle n'en a pas été moins incapable de sauvegarder ses droits. Pendant que les tiers, attentifs à leurs intérêts, se hâtent de prendre l'avance, elle reste muette dans la maison conjugale; c'est en effet contre son mari, aux prises avec le malheur, qu'il faudrait agir; toute démarche de sa part serait le dernier coup porté au crédit, sur la conservation duquel reposent les chances de suprêmes efforts.

C'est pour cela que, par un privilége dont il faut aller chercher la source bien loin dans le passé, elle a sur les biens immobiliers du mari un droit qui semble au premier abord exorbitant, — droit que l'on aurait avec raison appelé occulte s'il n'était pas la conséquence nécessaire du fait essentiellement public du mariage, — droit en vertu duquel elle prime, malgré le silence gardé par elle et sans avoir à remplir aucune formalité, tous les créanciers dont le titre est postérieur au sien. Ce droit, c'est son hypothèque légale que la loi française lui conserve, pendant le mariage, sans lui imposer, comme condition absolue, la nécessité de la faire publier.

Instituée et exagérée par Justinien[1], cette garantie donnée à la femme se retrouve aujourd'hui, après bien des vicissitudes, dans toutes les législations de l'Europe, excepté dans celle de l'Angleterre : il n'y a de divergence que sur la dispense d'inscription. On peut donc le dire : l'hypothèque légale de la femme a reçu la double consécration du temps et d'une application presque universelle chez les peuples civilisés; il faut bien reconnaître qu'elle répond à un besoin de l'ordre le plus élevé.

[1] (L. 3, Cod., *De jure dot.*; — 12, § 1, Cod., *Qui potior.* — Inst., *De act.*, § 29. — Nov. 97, c. 3; — nov. 109, c. 1.)

Digitized by Google

II.

Si la dépendance de la femme française a paru telle à notre loi qu'il fallût protéger ses intérêts pendant le mariage par des mesures exceptionnelles, combien cette nécessité n'est-elle pas plus évidente encore en ce qui concerne la femme arabe!

Achetée dans ses premières années et livrée au mari souvent avant d'être sa femme, elle vit sous la tente, pêle-mêle avec les esclaves dont elle partage les travaux. Soumise comme un coûteux instrument de plaisir à une surveillance jalouse, rien n'éveille en elle le sentiment de la dignité et de la pudeur. C'est à peine si le fils qu'elle a mis au monde, — le futur seigneur de la tente, — daigne avoir pour elle quelques égards; elle-même est si bien faite à son sort qu'elle ne songe pas à les réclamer. Un jour le divorce ou la répudiation la fera sortir de la famille, ce sera un accident sans portée dont on oubliera bientôt jusqu'à la date.

Son ignorance est une tradition soigneusement conservée : on chercherait en vain sur toute la surface de l'Algérie une femme indigène sachant lire et écrire.

Son sort est tellement celui d'une esclave qu'il est arrivé qu'un Arabe, voulant éluder le décret du 27 avril 1848, qui a aboli l'esclavage, et acheter une négresse, s'est rendu devant le cadi, et a fait dresser, — non pas un acte de vente, — mais un acte de mariage. La similitude est parfaite; dans le mariage comme dans la vente on rencontre ces trois éléments : une chose à livrer, un prix à payer, le consentement des deux parties sur la chose et sur le prix. Dans les cas fort nombreux où un mariage peut être imposé [1], la chose, c'est la femme; le prix, c'est le don nuptial payé par le mari au propriétaire de sa fiancée; le consentement, c'est, à l'exclusion de celui de la femme qui n'est même pas consultée, celui de son *ouali* (représentant matrimonial), père, maître ou autre, véritable vendeur qui touche le prix [2], et celui du mari, véritable acheteur qui le paye.

[1] Tout fidèle possédant une esclave a le droit de la marier, de l'obliger même au mariage.....

Le père a le droit d'imposer un mariage — à sa fille encore vierge, fût-elle même déjà âgée et émancipée; — à sa fille n'étant plus vierge, mais jeune encore; — à sa fille atteinte de folie, à tout âge, même lorsqu'elle a déjà été mariée et a été mère.....

Le tuteur testamentaire a le même droit.....

En résumé il n'y a que trois sortes d'autorités (c'est-à-dire le maître de l'esclave, le père et le tuteur testamentaire) qui aient le droit d'imposer un mariage. (Sidi Khalil Ibn Ish'àk, *De la faculté d'imposer le mariage.*)

[2] Lorsque la fille est encore sous l'autorité paternelle, le père reçoit le don nuptial. Il en est de même pour le tuteur testamentaire, et aussi *pour*

Digitized by Google

Et lorsque la négresse ainsi *mariée* proteste qu'elle a été *vendue*, elle ne peut invoquer d'autre preuve que celle-ci : « Mon maître m'a si peu prise comme femme que je n'ai jamais « partagé sa couche. Il ne m'a jamais donné les sept nuits que « la loi du prophète réserve à la nouvelle mariée [1]. » Ressource qui lui manquera pour briser des liens détestés, si sa jeunesse a pu tenter le caprice du maître [2] !

le patron de la femme esclave..... (Sidi Khalil Ibn Ish'âk, *Des ayants droit à toucher la dot.*)

[1] Le chiffre de sept est réduit à trois quand la nouvelle épouse n'est pas vierge.

[2] Dans les premiers jours de janvier 1865, une négresse nommée Barka, échappée de la tribu des Douairs, se réfugia à Oran et demanda au cadi de la marier à un nègre nommé Bel Kheir.

En même temps, un nommé Sy Safi ben Abd-el-Kader se présenta avec un acte de mariage dressé le 2 octobre 1862 par le cadi des Smélas, et réclama Barka comme sa femme.

Celle-ci protesta, déclarant qu'elle était l'esclave de Sy Safi et qu'elle ne l'avait jamais épousé.

Les parties, d'un commun accord, soumirent leur différend au tribunal civil d'Oran, statuant en vertu de la compétence que lui attribuait alors l'article 2 du décret du 31 décembre 1859.

Le 1er février 1865 intervint le jugement suivant :

« Attendu que, par jugement du 4 janvier dernier, il a été ordonné que les parties seraient entendues par M. Bodin, juge à ce commis, qu'elles produiraient leurs moyens et documents utiles, et qu'il serait fait, du tout, rapport à l'audience;

« Attendu que ce jugement a été exécuté, et qu'en outre le nommé Sy Safi ben Abd-el-Kader s'est présenté en personne devant le juge commis et a déclaré intervenir dans la cause;

« Attendu que le nommé Sy Safi a renouvelé sa demande en intervention devant le tribunal et qu'il y a lieu de lui en donner acte.

« Sur le fond :

« Attendu que le procès dont il s'agit a pour cause le refus qu'a formulé le cadi d'Oran de passer outre au mariage de la femme Barka bent si Alem avec le nègre Bel Kheir, et que le cadi fonde son abstention sur ce que la femme Barka serait mariée avec un indigène des Douairs, et que cette articulation est formellement contestée par la femme Barka;

« Attendu que les dires du cadi d'Oran sont partagés par Sy Safi ben Abd-el-Kader, intervenant, et que celui-ci produit à l'appui de son intervention un acte reçu par le cadi des Smélas le 2 octobre 1862;

« Attendu que cet acte porte en effet que Safi aurait affranchi la femme Barka, son esclave, et qu'il l'aurait épousée;

« Attendu que Safi prétend en outre qu'il aurait acheté la négresse Barka sur un marché de la colonie, moyennant le prix de 850 francs, il y a environ douze ans, et qu'elle serait restée dans sa tente et sous sa puissance, comme esclave, jusqu'au jour du mariage;

« Attendu que, par décret du 27 avril 1848, le gouvernement français a proclamé l'affranchissement des esclaves dans ses colonies, et qu'en présence de ce décret Sy Safi ben Abd-el-Kader ne saurait se prévaloir de la convention dont il excipe; que la négresse Barka a bénéficié des dispositions du susdit décret dès sa promulgation, et que, par suite, ladite Barka, étant devenue femme libre, n'a pas été l'objet du marché qui lui est opposé;

« Attendu, d'autre part, que l'acte de mariage du 2 octobre 1862, invoqué par Sy Safi ben Abd-el-Kader, contient une disposition contraire à la loi musulmane; qu'aux termes de cette loi l'indigène qui se marie ne peut être le *ouali* ou le représentant de sa future qu'autant qu'il est lui-même le parent très-rapproché de celle-ci;

« Attendu qu'au 2 octobre 1862 il n'existait entre Sy Safi ben Abd-el-

Digitized by Google

Et cependant cet être dégradé a des droits : la femme musulmane peut acquérir, posséder et même administrer.

Ses droits de propriété découlent de deux sources principales :

1° Le payement du don nuptial, prix de son mariage;

2° La part qui lui est faite dans la succession de ses parents.

Don nuptial. — Lorsque la femme doit toucher elle-même le don nuptial, il est rare que le payement en soit immédiat. Le mari lui remet, en à-compte, quelques pièces d'argent destinées à l'achat de vêtements et de bijoux; il reste débiteur du surplus.

Pendant le mariage la femme ne demande presque jamais le complément de sa dot. Elle ne fait valoir cette créance qu'en cas de divorce ou de répudiation.

Ce qu'elle réclame alors, ce n'est pas, comme dans notre législation, le remboursement d'un apport fait par elle, — c'est une sorte de gain de rupture, inséré comme une clause pénale dans le contrat de mariage : faible et insuffisante compensation des dangers d'une union non indissoluble. Le mari a pris à sa femme sa virginité, sa jeunesse; sur un caprice il la congédie, vieille et fanée avant l'âge; il lui doit une indemnité

Kader et la négresse Barka aucun lien de parenté; que la loi musulmane a donc été méconnue dans cette circonstance et que Sy Safi n'avait pas qualité pour représenter sa future dans la célébration du mariage; que vainement il se retranche derrière sa qualité d'ancien maître de la négresse Barka; qu'ainsi qu'il est dit ci-dessus, celle-ci n'était et ne pouvait pas être son esclave, qu'elle lui était au contraire entièrement étrangère et que, dans cette condition, la femme Barka devait être représentée, à l'occasion de son mariage, par un tiers et non par son futur;

« *Attendu, d'autre part, que les faits et circonstances de la cause démontrent de la manière la plus évidente que l'acte du 2 octobre 1862 n'est pas l'expression de la vérité;* qu'il n'établit pas d'une manière suffisante que la femme Barka ait consenti librement au mariage; et *qu'en outre Sy Safi n'a eu recours à la passation de cet acte que pour attacher à sa puissance la femme Barka comme esclave: qu'on ne saurait donc voir dans le contrat qu'un moyen employé par Sy Safi pour éluder les dispositions précitées du décret du 27 avril 1848 et que, dès lors, il y a lieu d'annuler comme empreint de simulation et de fraude l'acte dont il se prévaut* et de rejeter sa demande tendant à ce qu'il soit ordonné que la femme Barka le suivra sous sa tente;

« Attendu enfin que la demande de la femme Barka est bien fondée et qu'il y a lieu d'y faire droit;

« Par ces motifs, statuant en premier ressort,

« Donne acte à Safi ben Abd-el-Kader de son intervention dans la cause;

« Ce faisant, déclare nul et sans effet l'acte du 2 octobre 1862, et ordonne qu'il sera considéré comme non avenu;

« Dit et prononce que la femme Barka bent si Alem n'est ni l'épouse ni l'esclave de Sy Safi ben Abd-el-Kader, et qu'elle est femme libre;

« Ordonne en conséquence que le cadi d'Oran et tous autres cadis, s'ils en sont requis, seront tenus de passer outre au mariage de la femme Barka avec Bel Kheir, ou tout autre indigène, sauf l'accomplissement des formalités exigées par la loi musulmane;

« *Et attendu qu'il n'existe aucuns frais dans la cause, dit qu'il est inutile de statuer sur ce point.* » (Du 1er février 1865. — MM. Patras, président; Robinet de Cléry, procureur impérial; conclusions conformes.)

Digitized by Google

que la prudence des parents, d'accord avec leur intérêt, a stipulée, lors du mariage, aussi élevée que possible. N'est-ce pas là une dette aussi sacrée que le remboursement de la dot française?

Successions. — Elle a recueilli sa part, dans une proportion réduite il est vrai [1], de divers héritages. Les troupeaux qui sont devenus ainsi sa propriété ont été confondus dans le troupeau du mari qui en dispose à son gré. Le prix de la vente de ses immeubles a servi à payer des dettes qui lui sont étrangères. Elle n'est pas, si l'on veut, légalement incapable d'administrer ce qu'elle possède : par un singulier contraste, la loi lui donne, — à elle laissée si bas pour tout le reste, — l'exercice presque entier de ses droits pendant le mariage; mais son incapacité de fait est évidente. Le mari est maître de ses biens comme de sa personne; il n'est pas proclamé par la loi musulmane *dominus dotis;* mais il ne l'est pas moins en réalité. *Quid leges sine moribus!* Il est sans exemple qu'il ait rencontré, de la part de sa femme, l'ombre d'une résistance à ses dissipations.

Comme la femme française, la femme arabe peut donc être, — et elle est souvent en effet, — créancière de son mari. Comme la femme française, et bien plus qu'elle encore, elle ne peut veiller à ses intérêts. La loi a-t-elle, du moins, assuré leur sauvegarde?

Non : entre musulmans, ni la date ni la nature de la créance n'est une cause de préférence. Chacun est payé au hasard de sa réclamation. Rien ne rappelle dans ce droit notre régime hypothécaire.

Et cependant aujourd'hui, lorsqu'un indigène algérien contracte avec un Européen ou un israélite, la convention étant placée sous l'empire de la loi française, les biens du débiteur musulman sont grevés d'hypothèques conventionnelles et judiciaires, au grand préjudice des créanciers musulmans, pour qui cette garantie ne peut résulter ni des actes ni des jugements de leurs cadis; — au grand préjudice surtout de la femme qui ne peut invoquer aucun droit analogue à l'hypothèque légale. Aussi, loin d'être une créancière favorisée, elle réclame en vain d'être admise, sur un pied d'égalité, au partage du prix de l'immeuble que possédait le mari, son débiteur. Elle est reléguée au dernier rang par la présence d'hypothèques, si tardives qu'elles soient.

L'absence d'une garantie spéciale pour la femme se comprenait à la rigueur, et les inconvénients pouvaient en être palliés, à l'époque où toute la terre algérienne était régie par le

[1] Une fille unique ne peut hériter que de la moitié de la succession paternelle; si elle a un frère consanguin, celui-ci touchera les deux tiers, et elle le tiers seulement.

Digitized by Google

Coran et par les coutumes musulmanes, et où il n'y avait pour aucun créancier de droit de préférence.

Une ruine complète ne pouvait alors atteindre le mari. Forcé de vendre ses troupeaux, ses terres patrimoniales, il conservait toujours sa part dans le territoire indivis de la tribu. C'était là un gage véritablement insaisissable, produisant des récoltes annuelles sur le prix desquelles la femme divorcée pouvait exiger payement.

Aujourd'hui la constitution de la propriété individuelle dans les tribus, non encore réalisée, mais imminente[1], va profondément modifier les conditions d'existence de la famille arabe. Malheur à celles, — et elles seront nombreuses, — qui ne sauront pas se dépouiller assez vite d'habitudes héréditaires et qui, attendant tout du ciel et du soleil, ne suivront pas résolûment l'impulsion qu'une main puissante a donnée aux choses de l'Algérie. — D'abord l'emprunt, puis la dette impayée, puis le jugement, l'hypothèque et la saisie; le nouveau propriétaire du sol verra en quelques années son unique bien passer en d'autres mains et se réveillera un jour dépouillé de toutes ses ressources.

Ce sont là les conséquences inévitables d'un grand progrès: soit. Semblable à la machine impitoyable qui broie dans ses engrenages, avec la matière première qu'elle transforme, la main de l'ouvrier maladroit, la civilisation dévorera en Algérie bien des existences. Pour conserver le cœur ferme et la direction sûre, il faut porter le regard en avant et oublier, dans la contemplation des rayonnants horizons de l'avenir, les misères et les souffrances, toujours au premier plan dans le spectacle d'une transformation sociale.

Que l'on accepte résolûment cette nécessité rigoureuse, je le comprends. Mais il faut s'arrêter dans cet endurcissement du cœur là où la rigueur deviendrait une iniquité.

Or, je le demande, la femme placée au dernier rang des créanciers du mari; au jour de la saisie son droit primé par toutes les hypothèques; le moindre porteur de jugement pour quelques fournitures de ménage figurant à l'ordre d'où est exclue la créance dotale; — n'est-ce pas, sans exagération et sans emphase, une criante iniquité? Elle existe déjà aujourd'hui, cette iniquité, quand le mari, possesseur d'un bien *melk*, est exproprié[2]; mais le bien *melk* est encore l'excep-

[1] Sénatus-consulte du 22 avril 1863.

[2] Un exemple entre mille qui pourraient être cités:

El Hadj Kaddour ben Sahraoui, cavalier du Maghzen, chevalier de la Légion d'honneur, est décédé en 1866, laissant quelques immeubles et de nombreuses dettes. Le service du Maghzen a entraîné pour les indigènes qui ont suivi notre fortune depuis les premiers temps de la conquête de lourdes charges et a causé la ruine de presque tous les chefs de tente.

Kaddour ben Sahraoui avait épousé Mama bent Adda, issue d'une famille

Digitized by Google

tion. Quand, au contraire, toute la terre arabe sera *melk*, si l'on n'y prend garde, la spoliation de la femme se généralisera : nous aurons, sans le savoir et sans le vouloir, durement aggravé son sort.

A cela je ne vois qu'un remède : lui conférer l'hypothèque légale.

Déjà la sollicitude du gouvernement a prévu quelques-unes des conséquences de l'établissement de la propriété individuelle. Il a donné le mouvement, mais il veut le régler. L'Empereur, dans la lettre célèbre qui a passé en revue tous les besoins de l'Algérie, a résumé, en quelques lignes nettes et concises, la nécessité d'une mesure que vient de réaliser un récent décret[1] : — « Disposer que la propriété personnelle, lorsqu'elle sera créée en exécution du sénatus-consulte du 22 avril 1863, sera insaisissable aux créanciers pour dettes antérieures à la constitution de la propriété[2]. »

Mais les créanciers postérieurs, à qui est réservé le privilége de saisir cette propriété nouvelle, devront-ils toujours et quand même primer la femme, sous prétexte que les droits de celle-ci sont réglés par la loi musulmane et que la loi musulmane ne connaît pas l'hypothèque? C'est là une conséquence injuste et impolitique qu'il faut se hâter de faire disparaître avant que le nouvel état de choses commence à fonctionner. Pour cela, je le répète, il n'y a qu'une mesure à prendre, aussi simple que radicale : *conférer à la femme arabe l'hypothèque légale.*

relativement riche, qui a recueilli divers héritages. Le mari obéré a vendu tous les biens de sa femme. Il a consenti sur ses biens propres des hypothèques; il a été poursuivi et condamné pour des dettes courantes; les porteurs de jugements ont inscrit leurs hypothèques judiciaires.

Au jour de la liquidation, Mama s'est présentée avec des justifications parfaitement en règle. Ses reprises résultaient des causes suivantes :

1° Vente de sa terre de Meftah (prix touché par le mari).	10,000 fr.
2° Vente d'un terrain au Chott. . . . . (*id.*).	150
3° Vente d'une maison. . . . . (*id.*).	1,000
4° Vente de la terre de Bou Nefer. . . . . (*id.*).	750
5° Vente de la terre de Souf Ettel. . . . . (*id.*).	1,000
6° Vente de bijoux provenant de sa dot. . . (*id.*).	585
7° Solde non payé du don nuptial.	1,800
	15,285 fr.

Malheureusement elle est primée par tous les créanciers hypothécaires, même les plus récents. En vain voudrait-elle, comme eux, se mettre en règle vis-à-vis de la succession de son mari : les décisions des cadis ne confèrent pas hypothèque!

Elle n'a ni hypothèque légale ni hypothèque judiciaire. Elle ne touchera pas un sou sur sa créance, antérieure cependant à presque toutes celles qui la priment.

Avec de pareils résultats, comment faire comprendre aux indigènes les bienfaits et l'équité de notre loi!

[1] Décret du 13 décembre 1866.

[2] *Lettre sur la politique de la France en Algérie.* Les Arabes, 5e mesure proposée, p. 34.

Digitized by Google

— Singulier rapprochement! A soixante ans de distance Napoléon III complétera ainsi, pour ses sujets algériens, le droit musulman, par l'adoption d'un principe qu'a conservé à la France le génie si ferme et si pénétrant de Napoléon Ier.

Que se passera-t-il lorsque la femme, investie de l'hypothèque que je réclame pour elle, verra saisir les biens de son mari? Elle se bornera sans doute, comme aujourd'hui, à porter devant chacune des autorités qu'elle connaît : le cadi, le caïd, le bureau arabe et le procureur impérial, — ses gémissements confus et ses plaintes inintelligibles. — Mais la dénonciation de la saisie[1] aura révélé au ministère public, d'une manière plus utile et plus exacte, les droits qu'il importe de sauvegarder. Une inscription sera prise d'office en vertu de la loi du 21 mai 1858; la femme sera convoquée et interrogée avec bienveillance par le magistrat chargé du règlement de l'ordre. Elle produira ses titres : son acte de mariage, l'acte de partage de la succession de ses parents. Elle sera colloquée pour ses reprises, aussi justement et avec autant de facilité que la femme française elle-même. Elle ne sera plus la dernière à recevoir payement; elle ne sera plus totalement exclue de la distribution du prix lorsque les hypothèques conventionnelles et judiciaires l'auront dévoré tout entier.

III.

Objections.

Je prévois contre la mesure que je propose deux objections principales : une de droit, l'autre de fait. Je les examine successivement.

1° Les indigènes musulmans non naturalisés sont, pour leur statut réel comme pour leur statut personnel, régis par la loi musulmane. Ils ont obtenu cette immense faveur de conserver leur législation primitive, la France ayant, par un sentiment généreux, abdiqué cette part de souveraineté qu'eût légitimée la conquête. Peuvent-ils se plaindre des conséquences de cette situation privilégiée et réclamer le bénéfice de nos lois sans en accepter toutes les charges?

L'argument est considérable, j'en conviens. Cependant je dois faire remarquer tout d'abord qu'il n'a pas arrêté le législateur lorsqu'a été décrétée l'insaisissabilité pour dettes antérieures des terres de la tribu partagées entre chaque habitant et constituées en propriétés individuelles. Pour le droit musulman comme pour le droit français, l'ensemble des biens du débiteur répond de la dette. Une exception, réclamée par la

[1] Art. 692 du Code de procédure civile, modifié par la loi du 21 mai 1858.

Digitized by Google

politique et par l'équité, a été jugée nécessaire; elle fait aujourd'hui partie du droit algérien, et elle a été accueillie par tout le monde comme un acte de justice.

Mais, dira-t-on, si la femme arabe veut obtenir l'hypothèque légale n'a-t-elle pas la ressource de la naturalisation?

A mes yeux, la naturalisation ne changera rien à sa situation dans la famille; le mariage, contracté auparavant d'après la loi musulmane, restera régi par la loi musulmane. La naturalisation est un fait individuel qui respecte les liens créés dans le passé et qui n'apporte d'obligations que pour les liens à créer dans l'avenir.

Je sais que cette solution n'est pas acceptée par tout le monde. J'ai cependant la conviction qu'elle triomphera dans la jurisprudence algérienne. Elle me paraît seule logique, et elle a de plus l'immense avantage de ne pas effrayer les populations indigènes que nous cherchons à attirer à nous.

La ressource de la naturalisation manquera donc à la femme pour conquérir l'hypothèque légale. Elle ne serait pas d'ailleurs en situation d'en profiter. Quiconque connaît la société arabe sait parfaitement que la femme indigène résiste plus encore que l'homme à toute mesure d'assimilation. Ni son intérêt personnel ni l'espoir d'un traitement meilleur ne la ferait renoncer à des préjugés séculaires. Humiliée et avilie dans la famille, elle n'a pas le désir d'une autre situation; lorsqu'au jour d'une insurrection elle voit se soulever la tribu contre notre domination, c'est elle qui excite les guerriers, c'est elle qui maudit les chrétiens dont la conquête est cependant l'aurore de sa liberté. Du Coran, son ignorance n'a retenu que les versets les plus fanatiques; ils ont dans sa bouche un accent passionné qui ne peut laisser de doute sur l'étendue de son aveuglement.

La femme arabe ne sollicitera donc pas la naturalisation. Nous devons la protéger, même malgré elle; la sauvegarde de ses droits est, en effet, d'intérêt public : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere* [1].

2° Le divorce et la répudiation rendent si instable l'état de la famille arabe, que la révélation imprévue de semblables hypothèques menacera toujours le créancier, même le plus diligent. Il se verra opposer des reprises plus ou moins sincères, établies par des titres arabes souvent suspects de simulation et de fraude. Il y aura péril pour ceux qui contracteront avec des Arabes, et par conséquent péril pour le crédit de ces derniers.

Telle est la seconde objection à laquelle un examen attentif des conséquences pratiques du décret proposé permet de répondre facilement.

[1] Paul, L. 2 (Digesta), *De jure dotium*.

Digitized by Google

Concéder l'hypothèque légale à la femme arabe, c'est la soumettre aux conditions, fort simples d'ailleurs, que la loi française met à la conservation de ce droit. Occulte pendant le mariage, l'hypothèque doit être inscrite dans l'année qui suit la dissolution de l'union conjugale. Pour que l'ignorance de la femme n'entraîne pas l'omission de cette formalité substantielle, il conviendra de prescrire une double mesure :

1° Imposer aux cadis, en leur triple qualité de magistrats, d'officiers de l'état civil et de liquidateurs des successions musulmanes, le devoir d'avertir le procureur impérial de leur arrondissement de tous les divorces ou répudiations qu'ils prononcent ou qu'ils constatent, ainsi que de l'ouverture de toute succession d'un indigène marié;

2° Confier au procureur impérial la mission d'inscrire, au nom des femmes divorcées ou répudiées et des veuves, l'hypothèque légale qui, dans un bref délai, va cesser de pouvoir rester occulte.

L'hypothèque occulte ne pourra être invoquée que par les femmes dont le mariage n'a pas été dissous. L'hypothèque des autres sera toujours inscrite; en cas d'omission elle perdra son rang : les inconvénients qui ont si longtemps existé en France et auxquels a mis fin la loi du 23 mars 1855 ne se présenteront donc jamais.

Tout a été dit sur les dangers de l'hypothèque occulte. Malgré les critiques dont elle a été l'objet, elle a été maintenue dans notre législation en vertu du grand principe des lois romaines : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere.* Je n'ai donc à me poser que cette seule question : l'hypothèque légale de la femme arabe sera-t-elle plus dangereuse que l'hypothèque légale de la femme française?

Elle le sera, à mon avis, beaucoup moins.

Je m'explique.

Le danger de la clandestinité de l'hypothèque est tout entier dans la possibilité de contracter avec un individu qui se donne pour célibataire et qui est marié. La facilité avec laquelle, dans l'état actuel de notre société, chacun quitte son pays d'origine, le nombre des ménages qui ont un double domicile et dont la communauté n'a rien d'apparent, rendent en France ce danger fort sérieux. Il tend à le devenir tous les jours davantage.

En est-il de même pour les musulmans de l'Algérie? Non, certes. Chacun vit dans sa tribu et en porte souvent même les insignes dans un tatouage indélébile. C'est le partage du territoire même de la tribu qui constituera la propriété. Là un mariage, quel qu'il soit, est toujours un fait essentiellement public, que n'ignore aucun de ceux qui ont avec les indigènes des rapports d'intérêt. Le cadi inscrit sur ses registres la série de mariages et de divorces qui ont pu modifier l'état civil de

Digitized by Google

chacun de ses justiciables. Tout s'y trouve : celui qui veut être éclairé n'a pas besoin, comme en France, de consulter les actes de quarante mille communes. On pourrait d'ailleurs refuser le bénéfice de l'hypothèque légale aux femmes, bien rares aujourd'hui, dont le mariage a été contracté, en vertu des traditions musulmanes, en présence de la tribu sans l'intervention du cadi.

Mais, dira-t-on encore, là où la fraude sera surtout menaçante, c'est dans la constatation des reprises auxquelles la femme prétendra droit.

Il est certain qu'en cette matière comme en toute autre le devoir des magistrats sera de n'admettre que les créances bien constatées. Il ne faudra pas se contenter de la production d'un acte sur feuille volante; il faudra souvent exiger la représentation du registre-minute et vérifier avec soin, — ce qui est toujours facile, — si l'acte a été inscrit à sa date. Mais le danger d'un accord frauduleux entre le mari et la femme n'existe-t-il pas en France et a-t-il arrêté le législateur? Que de contrats de mariage constatant un apport imaginaire et réservant ainsi au mari, lancé dans le tourbillon des affaires, une large part d'aisance dont il jouira, sous le nom de sa femme, au préjudice de ses créanciers! C'est là une pratique tellement usuelle que la littérature du théâtre elle-même s'en est emparée et l'a dénoncée au mépris public, sans faire reculer, hélas! un seul des maris prévoyants qui l'emploient.

La maxime romaine a tout couvert du prestige du grand intérêt qu'il importe de sauvegarder : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere. — Il faut*, disait en 1804 le Premier Consul, s'inspirant des mêmes nécessités, *faire céder la sûreté du majeur qui prête et qui acquiert à celle de la femme... que son état rend incapable de se protéger elle-même.* »

Le génie moderne, repoussant les conceptions téméraires des novateurs et se soumettant à enregistrer des enseignements légués par le passé, telle est la consécration solennelle et décisive qu'a reçue, à cette époque, le principe tutélaire que je n'ai pas la prétention de défendre, mais dont je demande seulement, sous l'égide de ces autorités imposantes, une application plus étendue [1].

[1] Une dernière objection. L'application de notre droit hypothécaire aux rapports des femmes musulmanes, soit avec leurs maris, soit avec des créanciers musulmans, pourrait, quant à présent, paraître prématurée. Une innovation de ce genre soulèverait peut-être des susceptibilités qui seront moins vivaces lorsque la constitution de la propriété individuelle aura fait entrer dans les mœurs de la société arabe les modifications profondes qui en seront la conséquence nécessaire.

Rien ne serait plus facile que de mettre *graduellement* à exécution la mesure que je propose. Immédiatement applicable au cas où une transaction entre un musulman d'une part, et un Européen, un israélite ou un musulman naturalisé d'autre part, fait pénétrer le droit français qui devient la

Digitized by Google

IV.

Projet de décret.

Art. 1er. — Les dispositions des articles 2134, 2135, 2136, 2137, 2138, 2139, 2144, 2145 du Code Napoléon, 8 de la loi du 23 mars 1855, 692, 693 et 717 du Code de procédure sont applicables en Algérie aux femmes musulmanes indigènes dont le mariage est constaté par un acte du cadi.

Art. 2. — Les cadis sont tenus de donner avis au procureur impérial de leur arrondissement :

1° De toutes les répudiations et de tous les divorces qu'ils sont appelés à constater ou à prononcer ;

2° De l'ouverture de la succession de tout indigène marié.

Ils transcriront sur leur registre, en marge des actes de divorce, de répudiation ou de partage, l'accusé de réception qui leur sera adressé.

Art. 3. — Les articles 2193 et 2195 du Code Napoléon seront appliqués à la purge de l'hypothèque légale établie par le présent décret. L'article 2194 sera modifié de la manière suivante :

« A cet effet ils signifieront, tant à la femme qu'au procureur impérial du lieu de la situation des biens, une copie du contrat translatif de propriété. Pendant deux mois, les femmes, les maris, parents ou amis et le procureur impérial seront reçus à requérir, s'il y a lieu, et à faire faire au bureau du conservateur des hypothèques des inscriptions sur l'immeuble aliéné, qui auront le même effet que si elles avaient été prises le jour du mariage [1]. »

ROBINET DE CLÉRY.

règle des contractants et se substitue au droit islamique, elle ne le serait qu'à une époque plus éloignée pour régler les rapports des musulmans entre eux. Dans le premier cas, en effet, l'hypothèque légale de la femme arabe est un corollaire de notre régime qui s'impose et un palliatif des inconvénients qu'il amène à sa suite.

Dans le second cas, au contraire, les droits de la femme ne sont pas menacés par le droit de préférence d'autres créanciers. Elle subit la loi commune *sans avantage*, mais *sans infériorité*.

La question d'opportunité reprend alors toute sa force.

Dans cet ordre d'idées on pourrait ajouter au décret une disposition transitoire ainsi conçue :

Art. 4. — Un arrêté du gouverneur général de l'Algérie déterminera les tribus auxquelles le présent décret sera applicable *pour le règlement des rapports entre musulmans* et l'époque à laquelle cette application aura lieu.

[1] C'est une purge simplifiée, dégagée de formalités aussi inutiles que coûteuses, mieux appropriée par conséquent aux mœurs des indigènes.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

EXPLICATION THÉORIQUE ET PRATIQUE DU CODE NAPOLÉON, tome IX;

COMMENTAIRE-TRAITÉ DES PETITS CONTRATS;

Par M. Paul Pont,
conseiller à la Cour de cassation.

Compte rendu par M. A. Bertauld, avocat à la Cour impériale
et professeur à la Faculté de droit de Caen.

L'explication théorique et pratique du Code Napoléon, commencée par Marcadé, continuée par M. Paul Pont, est, sauf l'exception du *Commentaire-traité* du titre *des Sociétés*, aujourd'hui terminée.

Dans cette œuvre, si M. Pont, à ne consulter que le nombre de volumes, n'a pas la plus forte part, il a peut-être la plus difficile. Nous lui devons le *Commentaire-traité des priviléges et des hypothèques,* dont la réussite a été telle qu'elle semble avoir découragé tout nouvel effort.

De toutes les matières du droit, la matière hypothécaire est la plus ardue et la plus aride. Sans doute parce qu'elle se relie aux conditions économiques d'un pays, elle est importante entre toutes; mais son importance ne fait pas son attrait. Pour l'étreindre, il faut unir à la vigueur et à l'étendue de l'esprit la connaissance approfondie des lois les plus diverses de fond et de procédure.

Le sens juridique sur des questions de crédit, qui se cachent sous des questions de forme, est moins soutenu par le sens moral que sur des questions de famille, de propriété ou d'obligation, et la raison a d'autant plus à faire que la conscience le plus souvent est muette et refuse tout secours. M. Pont avait mesuré, et c'est pour cela qu'il a pu les vaincre, les obstacles qui l'attendaient, et, parmi eux, les moindres n'étaient pas l'encombrement des matériaux et la variété des efforts faits pour les utiliser; il a doté la science d'un livre qui eût suffi pour lui assurer, si elle ne lui eût déjà été acquise, une des meilleures places parmi les grands jurisconsultes.

Digitized by Google

Les *Petits contrats* ont dans l'opinion générale un rang plus modeste; mais, malgré l'humilité de leur nom, ils sont féconds en embarras, en controverses, et, comme ils sont d'une application quotidienne, ils se recommandent singulièrement à l'attention du praticien. En même temps qu'ils mettent en jeu les principes généraux, ils se diversifient par des principes spéciaux, et la combinaison de ce qu'ils ont de commun et de ce qu'ils ont de particulier offre une tâche des plus laborieuses.

Assurément, même pour le *Commentaire-traité des petits contrats*, M. Pont a des devanciers, c'est-à-dire des auxiliaires. Un auteur n'est pas isolé quand il a presque partout pour guides Domat, Pothier, Merlin, Duranton, Coin-Delisle, Mourlon, M. Troplong, M. Duvergier, MM. Aubry et Rau, MM. Massé et Vergé sur Zachariæ. Toutefois, ce n'est pas sur cette partie de notre droit que notre littérature juridique offre le plus de richesse, et ici l'excès de l'abondance n'est pas la cause de la perplexité.

Un magistrat, M. Seligman, a déjà rendu compte dans cette *Revue* du tome Ier du *Commentaire-traité des petits contrats* (t. XXIII, p. 554). Le tome II qui vient de paraître a pour objet *le cautionnement*, *la transaction*, *la contrainte par corps*, *le nantissement*. Les cent trente et quelques pages consacrées à la contrainte par corps ne forment guère que la cinquième partie du nouveau volume, et elles ne perdraient pas toute leur utilité dans le cas où ce mode d'exécution, ou plutôt cette rigoureuse sanction, disparaîtrait de nos lois.

Par une attraction qui n'a rien d'artificiel, le *Commentaire-traité des petits contrats* réunit et groupe un grand nombre de questions capitales que d'autres titres du Code Napoléon soulèvent : questions d'état, questions de succession et de testament, questions de régime dotal. Dans le droit, les diverses régions sont comme sillonnées de routes qui facilitent l'échange, la réciprocité de visites. Il y a des terrains sans frontières et qui sont pour ainsi dire communs.

M. Pont, sans paraître les chercher, a fait beaucoup de rencontres, et l'on n'est jamais plus satisfait des thèses qu'il soutient que lorsqu'on les rapproche des thèses qui se sont produites sur les mêmes sujets.

Il y a dans la littérature juridique un moyen excellent pour apprécier le degré d'initiative, la force de conception, la fé-

Digitized by Google

condité d'aperçu, et aussi quelquefois la variété d'érudition d'un écrivain; on n'a qu'à se demander: qu'apporte-t-il de vrai qui soit nouveau? Quelles solutions connues a-t-il amendées, revisées, limitées ou étendues? Je n'altère guère le mot de Pascal: Y a-t-il dans son livre plus de son bien que du bien d'autrui?

Le reproche ou plutôt la remarque qu'il y aurait peut-être opportunité à faire à l'occasion de quelques ouvrages qui sont en crédit, et qui, par beaucoup de côtés, méritent d'y être, c'est qu'en développant et en paraphrasant des notions déjà acquises, ils n'expliquent point comment, dans certaines applications, ces notions paraissent se heurter et aboutir à des résultats contradictoires. Ces ouvrages ont ainsi plus d'attrait pour le lecteur, auquel ils épargnent des efforts d'attention.

Les auteurs auxquels je fais allusion se gardent de devancer la pratique pour l'éclairer et la guider; ils attendent avec une patience discrète que le besoin soit né, qu'il ait réclamé et improvisé une solution telle quelle dont ils puissent faire la base et l'objet d'une discussion. C'est dans la crainte, j'en suis sûr, d'infliger une fatigue, par l'étude d'hypothèses qui ne se réaliseront peut-être jamais, qu'ils ne se fatiguent pas eux-mêmes à combiner des principes pour faire à chacun d'eux sa part et arriver à la conciliation de celles de leurs conséquences qui ne semblent en opposition que parce qu'on n'a pas reconnu et constaté leurs limites respectives.

M. Pont ne donne pas prise à une pareille observation; il ne se complaît pas dans les tâches faciles; il ne craint point, il cherche le problème embarrassant et s'attaque à lui avec précision.

J'indique sans les choisir, en les prenant comme au hasard, quelques bonnes et substantielles discussions de M. Pont:

Le cautionnement peut-il être considéré comme un avantage fait par la caution au créancier cautionné, et, à ce titre, donne-t-il lieu au rapport, quand le créancier est un successible?

Quand le débiteur cautionné est le successible de la caution, le cautionnement peut-il engendrer l'obligation du rapport?

Souscrit dans l'intérêt du créancier ou souscrit dans l'intérêt du débiteur, peut-il, dans l'un ou dans l'autre cas,

Digitized by Google

suivant son caractère, ouvrir une action en réduction?

Voilà des questions délicates qui n'appartiennent pas exclusivement au titre des Successions et au titre des Donations et testaments; elles se présentent tout naturellement sous la plume de M. Pont, dont les rapides développements n'ont aucune comparaison à redouter. En deux pages l'auteur a fait la lumière (n° 19).

Le grevé a-t-il capacité pour consentir, relativement aux biens compris dans une substitution permise, une transaction obligatoire pour les appelés?

Oui, disent des auteurs graves.

M. Pont, aux autorités de droit nouveau citées en ce sens, ajoute les autorités de l'ancien droit, Cochin, Ricard, Peregrinus, puis écartant l'article 53 du titre 2 de l'ordonnance de 1747, il fait prévaloir le principe de l'article 2045 du Code Napoléon; de l'impossibilité d'aliéner les biens substitués, il dérive l'impossibilité de les engager irrévocablement par des stipulations transactionnelles (n° 609).

M. Pont a côtoyé, sans l'aborder de front, la question plus difficile de savoir si, d'une part, l'héritier du sang peut transiger avec le grevé sur la nullité résultant de l'existence d'une substitution prohibée, et si d'autre part le grevé peut se lier par une transaction envers le substitué.

L'auteur se borne à remarquer que l'exécution des testaments ne touche nullement à l'ordre public, et il ajoute : « La Cour de cassation a très-justement décidé en ce sens qu'on peut transiger sur la portée de la clause d'un testament à propos de laquelle s'élève une contestation sur le point de savoir si la clause est nulle comme contenant une substitution prohibée, ou si elle est valable comme renfermant simplement une disposition *de residuo*, et que la transaction ne serait pas susceptible d'être annulée par cela seul qu'un jugement rendu ultérieurement sur une autre contestation aurait déclaré que la clause renfermait une substitution prohibée. (Caen, 16 novembre 1855; S. V., 58, 2, 190, n° 602.) »

Ne pouvons-nous pas trouver dans ces lignes l'approbation d'une théorie que nous avons exposée ici même et que nous avons reproduite dans nos *questions pratiques et doctrinales* (n°s 489 et 490)? Nous l'espérons sans être absolument autorisé à l'affirmer.

Digitized by Google

Peut-on valablement transiger, pendant la vie de l'ascendant, sur un partage entre-vifs?

C'est là un point de résultance sans doute, et ce point est subordonné au caractère à attribuer, tant que la succession du donateur n'est pas ouverte, à l'acte de distribution des biens. La déduction logique de la jurisprudence ne devait pas échapper au commentateur de l'article 2046; si elle avait déjà été indiquée, elle n'a jamais été mieux mise en relief (n° 610).

La dotalité des biens est-elle inconciliable avec une transaction?

Pourquoi le mari ne pourrait-il pas transiger sur la dot mobilière, s'il a le droit que lui reconnaît la jurisprudence, le large droit d'administration, qui comporte, qui suppose même la faculté d'aliéner? « Quant aux immeubles dotaux, ils sont frappés dans le sens absolu du mot d'une inaliénabilité qui rend le mari incapable, comme la femme elle-même, de transiger à leur égard. . . . . .

« Pour transiger, il faut avoir *la capacité de disposer des objets compris dans la transaction :* c'est la règle formellement édictée par l'article 2045. Or, quelque loyale qu'elle soit, quelque sérieuse qu'on la suppose et quelle qu'en puisse être l'utilité, la transaction qui porte sur des droits immobiliers dotaux, comprend-elle des choses dont l'épouse qui transige ait la capacité de disposer? Non évidemment, puisque de par l'article 1554 du Code Napoléon, de tels droits *ne peuvent être aliénés ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement.* Donc elles ne peuvent pas être valablement l'objet d'une transaction. On a beau dire que dans ce système les lois faites en vue de la conservation de la dot seraient contraires aux intérêts qu'elles entendent protéger, et qu'en obligeant la femme à plaider quand elle pourrait se retirer avec profit du procès par une transaction, elles compromettent ses droits au lieu de les conserver. C'est incontestable; mais c'est le tort de la loi, qui, toute pleine qu'elle soit de rigueurs et d'inconvénients dans cette matière de la dotalité, n'en est pas moins la loi, et doit, à ce titre, être respectée. La doctrine et la jurisprudence l'expliquent et l'appliquent : il ne leur appartient pas de la corriger. »

Avec quel intérêt, avec quel profit je suivrais encore M. Pont dans ses discussions relatives aux questions d'état ou aux

Digitized by Google

intérêts pécuniaires subordonnés aux questions d'état, je ne le saurais assez dire. L'auteur est encore sur ce terrain en contact et non en parfait accord avec des jurisconsultes d'un grand renom et d'une légitime autorité; son indépendance n'enlève rien à sa sûreté de doctrine. Mais je ne voudrais pas oublier le contrat de gage ou de nantissement qui a amené M. Pont à enrichir la science d'un appendice excellent sur le droit de *rétention*. Cet appendice clôt l'explication de l'important article 2091, consacré à l'antichrèse dans ses rapports avec les droits de privilége et d'hypothèque.

Voilà encore l'auteur en présence des interprètes les plus accrédités; je le retrouve toujours avec sa liberté de contrôle et son heureuse faculté d'élucidation.

En somme, le nouveau volume est des plus instructifs et des plus attachants; sans doute il ne mettra pas fin à toutes les dissidences; il en suscitera même, et j'en complimente M. Pont, qui a trop de ressources et de verdeur d'esprit pour n'avoir voulu entreprendre qu'une compilation.

J'aurais moi-même à faire des réserves, et j'irais même jusqu'à des objections contre certaines opinions. J'aime mieux essayer de saisir la physionomie générale de l'ouvrage.

Le titre *Commentaire-traité* indique la méthode que M. Pont s'est proposé de suivre, et il l'a appliquée avec un rare bonheur.

Sous chaque article, il distribue dans un ordre logique les points qui réclament un éclaircissement ou une discussion. Il groupe ainsi, dans un cadre rationnellement disposé, une série de difficultés et de problèmes se rattachant à un même texte qui en est comme l'enseigne, et la succession des articles amène une succession de traités partiels bien divisés.

Cette intelligente distribution pourrait servir de modèle à quiconque, se destinant à l'enseignement du droit, voudrait réunir les avantages de l'exégèse et de la synthèse.

La forme de M. Pont est nette et ferme, élégante et simple; elle n'a aucune parenté avec le style oratoire, qui est merveilleux pour élever à une grande hauteur de proportions et pour *illustrer* chaque question, considérée isolément, mais qui perd beaucoup de son prestige, quand la lecture se prolonge, et que l'examen poursuit, non plus un détail, une spécialité, mais les grandes lignes et l'ensemble.

Digitized by Google

M. Pont, et ce n'est pas dans ma pensée un mince éloge, est un des jurisconsultes modernes qu'on lit avec le plus de facilité et le plus longtemps sans fatigue. S'il n'a pas l'originalité pittoresque et l'éclat de M. Troplong, la profondeur un peu métaphysique de Demante, la verve batailleuse de Marcadé, s'il ne s'impose point par un dogmatisme solennel et magistral, il pénètre l'esprit et le captive par la justesse, par la sobriété de l'expression, par la mesure du développement, l'exactitude de l'aperçu, la rigueur de l'argument et la rectitude de la conclusion. Il se prête peu aux accommodements, aux complaisances d'interprétation qui agrandissent le domaine du juge aux dépens du domaine de la loi. Il n'est pas de ceux qu'on accusera d'essayer de convertir le magistrat en juré et de préparer ainsi une révolution judiciaire, en facilitant l'avénement du jury comme juge civil.

Si je n'écrivais pas dans cette *Revue*, où la justice envers M. Pont a un bien grand défaut, le défaut d'être oiseuse, je dirais que l'œuvre dont j'entretiens nos lecteurs est plus que le couronnement de l'œuvre pourtant si distinguée de Marcadé.

A. BERTAULD.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

Questions pratiques sur les partages d'ascendants.

Par M. A. Bertauld, professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit, ancien bâtonnier des avocats à la Cour impériale de Caen.

Les quelques articles de notre Code qui réglementent le partage d'ascendants sont, ou bien incohérents, ou bien obscurs, ou bien incomplets, puisque les interprètes ne sont pas encore parvenus à en déduire ou à y adapter une théorie qui ait de l'unité et satisfasse aux exigences de la logique et de la raison.

Les questions que ces articles soulèvent sont très-nombreuses, et, parmi elles, il n'en est guère qui soient entièrement éclaircies.

Les copartagés, dans leurs rapports avec le testateur ou le donateur, ne sont-ils que des légataires ou des donataires? Ne sont-ils pas des héritiers saisis, de fait par la mort, en cas de partage testamentaire, saisis, par anticipation et en vertu de l'ouverture d'une sorte de succession future, en cas de partage entre-vifs? Dans leurs rapports entre eux, les copartagés doivent-ils toujours être traités comme des cohéritiers? La doctrine et la jurisprudence ont abordé ces difficultés, sinon exclusivement, du moins principalement par un côté.

En cas de partage entre-vifs, les deux actions créées par l'article 1079 du Code Napoléon, l'action en rescision pour lésion de plus du quart et l'action, sur le nom et le caractère de laquelle une controverse s'est engagée, sont-elles ouvertes et prescriptibles? A quelle époque les biens compris dans le partage doivent-ils être estimés? La solution de ces deux questions doit-elle varier suivant qu'il s'agit de l'une ou de l'autre action?

On ne compte plus les dissertations et les arrêts sur ces points, et s'ils offrent encore de l'obscurité, ce que je ne veux ni affirmer ni nier, cette obscurité ne saurait s'expliquer par la rareté des efforts tentés pour la faire cesser. (V. arrêt de Riom, 4 août 1866; Car. et Gilb., 67, 2, 4; Dalloz, 1867, 2, 17, et les autorités citées.)

Digitized by Google

D'autres points ont pour moi plus d'attraction parce qu'ils ont été moins agités, et, pourquoi ne le dirai-je pas, moins vus ou moins mis en vue.

D'après quels principes la capacité de transmettre ou de recevoir par partage d'ascendant se régit-elle?

Le droit de représentation reconnu aux descendants du copartagé qui prédécède l'ascendant s'étend-il au bénéfice des dispositions préciputaires?

L'attribution, à titre de préciput éventuel, de l'excédant d'un lot sur les autres lots peut-elle restreindre la quotité disponible à l'égard des tiers?

La clause de préciput éventuel est-elle toujours favorable au maintien du partage?

Entre le copartagé légataire de l'excédant de son lot sur les autres lots, sauf imputation sur la quotité disponible, l'article 1023 du Code Napoléon est-il applicable?

Quelle est l'influence de l'absence ou de l'existence de la clause de préciput éventuel?

L'attribution de la totalité ou de partie de la quotité disponible à l'un des copartagés peut-elle exercer de l'influence sur le mode de calcul de la lésion, quand cette lésion est invoquée par le préciputaire?

L'institué contractuel qui figure au partage, comme copartagé, est-il de même condition que les descendants copartagés?

Le préciput périt-il toujours avec le partage, quand il est constitué par lui?

Quel est l'effet de la clause par laquelle l'ascendant prive de sa part dans la quotité disponible le copartagé qui contestera la validité du partage?

Aucun de ces points n'est étranger au caractère du partage entre-vifs ou du partage testamentaire d'ascendant, et ils ont entre eux des affinités qui peuvent bien ne pas sauter à tous les yeux, mais qui ne sont pas pour cela dénuées de réalité.

§ 1er.

La capacité pour profiter d'un partage d'ascendant est-elle la capacité pour recueillir une succession *ab intestat* ou la capacité pour recueillir le bénéfice d'un legs ou d'une donation? Devra-t-on par exemple appliquer l'article 727 ou les

Digitized by Google

articles 1046, 1049 du Code Napoléon? Spécialement le condamné à une peine perpétuelle pourra-t-il, nonobstant l'article 3 de la loi du 31 mai 1854, recevoir un lot dans un partage d'ascendant? Dans la succession *ab intestat*, il aurait tout au plus sa part dans la quotité disponible et la réserve. Copartagé, ne pourrait-il pas recevoir avec sa part de réservataire toute la quotité disponible? (1079 dernière disposition.)

La loi attache à la condamnation une indignité répulsive du titre de légataire ou de donataire; elle a craint qu'une libéralité ne soit une protestation contre le châtiment social. Le condamné à une peine perpétuelle ne peut pas plus figurer, suivant nous, à un partage testamentaire qu'à un partage entre-vifs.

§ 2.

Le mineur qui a accompli sa seizième année n'aurait pas capacité pour faire un partage entre-vifs..., il pourrait faire un partage testamentaire; mais aurait-il le droit de comprendre dans ce partage toute sa fortune ou n'aurait-il que le droit de distribuer moitié de ce dont un majeur pourrait disposer? Assimilé au majeur pour le partage testamentaire, le mineur de plus de seize ans aurait le pouvoir d'assurer toute la quotité disponible à l'un des copartagés. — S'il n'use que de sa capacité de tester, même en faisant un partage d'ascendant, une moitié de la quotité disponible restera en dehors de sa distribution et formera avec la moitié de la réserve une succession *ab intestat* sur laquelle il n'aura aucune action. — C'est dans ce dernier sens que nous inclinerions à entendre la loi. — Vainement dirait-on, pour corriger ou tempérer le système dont nous nous écartons, que les dispositions préciputaires du mineur de plus de seize ans devraient se renfermer et seraient renfermées dans les limites de la moitié de la quotité disponible. Un pareil correctif serait arbitraire..., l'article 904 est ou n'est pas applicable, il ne saurait être scindé.

« *Est-il nécessaire de dire que l'ascendant ne peut comprendre dans son partage que les biens dont il a la capacité de disposer à titre gratuit?* »

C'est ainsi que s'exprime M. Demolombe, t. VI, n° 73 de son *Traité des donations et testaments*. Cependant voici ce

Digitized by Google

que le savant auteur a écrit sous le n° 22 du même tome :

« L'article 904 ajoute que dans ce cas (le cas de testament) le mineur ne pourra disposer que jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer.

« Faut-il appliquer cette restriction au partage testamentaire qu'il ferait de ses biens entre ses enfants?

« Il semblerait logique de répondre affirmativement et de ne point séparer la capacité testamentaire, que le texte accorde au mineur, de la condition qu'il y a mise.

« Mais pourtant que fait l'article 904 autre chose que de rendre à certains égards indisponible cette autre moitié dont il ne permet pas au mineur de disposer?

« Or la portion indisponible peut être, aussi bien que la portion disponible, comprise dans le partage d'ascendants, et nous croyons en effet que, dès que l'on reconnaît au mineur âgé de plus de seize ans la capacité de partager ses biens entre ses enfants, il convient de lui reconnaître le droit de les partager tous en vertu de l'article 1075; d'autant plus que les motifs qui ont déterminé le législateur à établir cette indisponibilité partielle dans l'article 904, ne s'appliquent pas au partage par lequel le disposant a pour but d'établir l'égalité entre ses enfants.

« Ce qui est vrai toutefois, c'est que si le mineur voulait faire dans ce partage testamentaire une disposition par préciput, il faudrait, pour l'application du second alinéa de l'article 1079, calculer la quotité disponible d'après l'article 904 et non point d'après l'article 913. »

M. Demolombe a adopté l'opinion que M. Genty a développée page 120 de son *Traité des partages d'ascendants.* — Cette opinion, au lieu de donner, pour mesure, au droit de partager par testament, la mesure du droit de tester, commence par supposer au mineur de plus de seize ans un droit illimité de faire un partage, sous la seule condition de ne pouvoir disposer que de la moitié de la quotité disponible.

Le lien qui unit les deux questions que nous venons d'examiner est facile à saisir. Il s'agit dans la première question de la capacité pour recevoir, dans la deuxième question de la capacité de transmettre, par partage testamentaire. C'est évidemment le lien logique qui explique comment sur l'une et l'autre question nous sommes en désaccord avec M. Demo-

Digitized by Google

lombe. (V. *Traité des donations et testaments*, t. VI, nos 30 *bis* et 114.)

Suivant nous, ce n'est ni la capacité de recueillir une succession *ab intestat*, ni la *capacité* de laisser une succession à distribuer par la loi, qui détermine la capacité de recueillir un lot dans un partage testamentaire, ou la capacité de faire un partage de cette espèce.

§ 3.

J'arrive à l'examen d'une troisième question sur laquelle la possibilité de comprendre en totalité dans le partage la quotité disponible doit encore exercer de l'influence.

Le droit des descendants de *représenter*, dans le partage d'ascendant, le copartagé qui a prédécédé le testateur, s'applique-t-il aux dispositions préciputaires?

Non, dit M. Demolombe.

« Oh, sans doute, si l'ascendant avait fait une disposition par préciput à l'enfant prédécédé, ses enfants ne pourraient pas la réclamer par voie de représentation, et l'article 1079 serait alors applicable. Mais précisément c'est qu'il s'agirait, non *pas d'une portion à recueillir en qualité d'héritier, dans la succession* ab intestat, *mais d'une véritable disposition testamentaire à recueillir en qualité de légataire.* » (T. VI, n° 111.)

Cette solution est-elle bien sûre? Le testateur n'a fait qu'un lot pour remplir l'un des copartagés tout à la fois de sa part comme réservataire et de la quotité disponible que le testament déclare y ajouter. Le partage qui n'est vicié, je le suppose, d'aucune nullité, deviendra-t-il caduc en cas de prédécès de l'enfant avantagé, si cet enfant laisse des descendants? Ces descendants ne sont-ils pas réputés lui avoir été vulgairement substitués?

L'importance de la question et l'autorité de l'auteur m'imposent la nécessité d'insister.

§ 4.

M. Demolombe (même tome, nos 43 et suiv.) examine les effets d'une disposition d'après laquelle le testateur exprimerait la volonté que si l'un des lots était plus fort que les autres,

Digitized by Google

il entend léguer par préciput la différence en plus au destinataire de ce lot.

Après avoir pesé le pour et le contre, le jurisconsulte se prononce pour la validité de cette clause qui se rencontre fréquemment dans les partages d'ascendants.

Je tiens, comme M. Demolombe, la clause pour valable. Eh bien! si le copartagé, ainsi conditionnellement avantagé, prédécédait le testateur, ses descendants seraient-ils exclus du bénéfice du préciput?

Personne ne voudrait le soutenir.

La proposition de M. Demolombe me semble donc trop absolue, pour ne pas dire inexacte.

Il est vrai que M. Demolombe fait observer que la disposition préciputaire de l'excédant possible d'un lot sur les autres lots n'est faite qu'indirectement et accessoirement au partage, qu'elle n'a pas une existence propre et indépendante; aussi sa conclusion est-elle que cette disposition n'a *pas à l'égard des tiers plus d'effet que le partage lui-même dans lequel elle se confond et dont elle est inséparable; que dès lors les enfants copartagés ne pourraient pas s'opposer à des donations postérieures ou à des legs, en soutenant qu'elle a absorbé ou diminué d'autant la quotité disponible.*

Nous n'accepterions pas, pour notre compte, cette conséquence du caractère accessoire et dépendant de cette clause de préciput éventuel; nous n'admettrions pas, par exemple, que si la succession offrait un actif de 24,000 francs, sur lesquels le testateur eût partagé entre ses deux enfants 16,000 francs, en attribuant à l'un d'eux des biens valant 11,000 francs et à l'autre seulement une valeur de 5,000 francs, mais avec déclaration que l'excédant d'un lot sur l'autre serait conservé à titre de préciput, il pût encore disposer au profit d'un étranger de 8,000 francs.

Nous croyons que l'ascendant aurait épuisé sa quotité disponible jusqu'à concurrence de 3,000 francs et que par conséquent sa liberté de disposition serait restreinte à 5,000 fr.

Les 3,000 francs restant combleraient le déficit sur la réserve, en sorte que l'un aurait finalement 11,000 francs et l'autre 8,000 francs.

Nous ne saurions nous résoudre à reconnaître, sur un actif de 24,000 francs, avec deux enfants réservataires, l'effica-

Digitized by Google

cité de dispositions préciputaires s'élevant à 11,000 francs.

Si la clause de préciput conditionnel empêche le copartagé, qui n'a que 5,000 francs dans son lot, de se plaindre d'une lésion de plus du quart, elle doit par compensation lui profiter, en entraînant une imputation sur la quotité disponible. Sans cette clause, le lot le moins fort eût dû être au moins de 6,000 francs, et le lot le plus fort n'eût pu dépasser 10,000 fr.

Le rejet de notre opinion entraînerait, pour le copartagé réduit à une valeur de 5,000 francs, le droit d'invoquer la dernière disposition de l'article 1079 du Code Napoléon et de réclamer la rescision du partage, car l'enfant apportionné d'une valeur de 11,000 francs aurait, par le résultat de ce partage et des dispositions préciputaires, un avantage plus grand que la loi ne le permet.

§ 5.

Entre le copartagé légataire éventuel de la partie de la quotité disponible nécessaire au maintien de son lot, et l'étranger légataire de toute la quotité disponible, y aurait-il lieu à la réduction proportionnelle de l'article 1023 du Code Napoléon? Nous ne le croirions pas, sauf bien entendu à consulter tous les témoignages d'intention du testateur. Pour nous, la présomption serait que le copartagé aurait, dans l'intérêt de la stabilité du partage, été préféré au gratifié étranger.

§ 6.

La dispense de rapport n'implique pas toujours que l'objet de la donation ou du legs s'imputera sur la quotité disponible.

Ainsi l'ascendant qui fait le partage de ses biens dispense du rapport les copartagés, puisque, s'il en était autrement, il ne ferait qu'un partage provisoire. — Mais il entend que le lot qu'il assigne à chacun de ses descendants s'impute sur sa part dans la réserve.

A ce point de vue il semble que l'excédant d'un lot sur l'autre est toujours tacitement attribué par préciput et que la clause qui exprime cette volonté est oiseuse.

Je ne crois pas que cet aperçu soit exact; il n'est que spécieux. En l'absence de toute clause de préciput éventuel, sans

Digitized by Google

doute l'excédant d'un lot sur l'autre n'est pas rapportable, mais il est présumé n'être que le résultat d'une erreur, et d'une erreur qui n'est suffisante pour imposer une réparation qu'autant qu'elle entraîne une lésion de plus du quart pour l'un des copartagés. Seulement le calcul pour la vérification de la lésion se fait sur la masse entière. Avec la clause de préciput éventuel, la présomption légale est que l'excédant d'un lot sur l'autre est le résultat de la volonté de l'ascendant, et la lésion se calcule, non sur la masse héréditaire, mais sur la masse indisponible. En revanche, toute lésion donne ouverture à l'action en rescision du partage.

Vainement objecterait-on que dans l'une et l'autre hypothèses, sans et avec la clause de préciput éventuel, l'excédant d'un lot sur l'autre s'impute sur la quotité disponible : c'est là qu'est la confusion.

L'excédant d'un lot sur l'autre n'est pas nécessairement une atteinte à la réserve. Le bénéficiaire de cet excédant peut n'être rempli que de sa part héréditaire, et il peut même n'avoir pas toute sa part de réserve; donc l'excédant ne s'impute pas nécessairement sur la quotité disponible; toute atteinte à l'égalité n'implique pas l'absorption d'une portion du disponible; avec la clause de préciput éventuel, tout excédant d'un lot sur l'autre constitue un avantage préciputaire et s'impute sur le disponible qu'il épuise d'autant.

En l'absence de clause de préciput éventuel, le lot d'un copartagé s'impute d'abord sur sa réserve et subsidiairement sur sa part dans la quotité disponible. La présomption qu'il ne saurait avoir au delà de sa part héréditaire ne peut tomber que devant la preuve qu'une lésion de plus du quart est subie par l'un des copartagés; mais l'existence d'une lésion de plus du quart n'implique pas que la réserve du copartagé lésé soit entamée. Ainsi, dans le cas d'un partage entre deux enfants, la réserve étant pour chacun d'un tiers, le réservataire, qui a reçu huit vingt-quatrièmes, a sa part dans la quotité indisponible, mais il est lésé de plus du quart, si son copartagé qui n'est pas préciputaire a seize vingt-quatrièmes.

Pour qu'il n'y eût pas de lésion de plus du quart, il faudrait que le copartagé le moins bien traité eût au moins neuf vingt-quatrièmes ou les trois quarts de sa part, laquelle est de douze vingt-quatrièmes.

Digitized by Google

Je suppose que l'ascendant ait attribué à l'un de ses deux enfants onze vingt-quatrièmes sans clause de préciput; à l'autre enfant sept vingt-quatrièmes, puis qu'il ait légué la quotité disponible à un étranger. La masse partagée ne forme que les dix-huit vingt-quatrièmes de la succession. — Chaque copartagé eût dû pour le maintien de l'égalité avoir neuf vingt-quatrièmes. Le quart de neuf vingt-quatrièmes est deux vingt-quatrièmes plus un quart de vingt-quatrième. — Il n'y a pas de lésion de plus du quart; mais la réserve est atteinte. A qui s'adressera l'enfant qui n'a que sept vingt-quatrièmes et que demandera-t-il?

Les biens laissés dans la succession ne forment que six vingt-quatrièmes; ils n'excèdent pas la quotité disponible qui est de huit vingt-quatrièmes. De fait l'un des copartagés a trois vingt-quatrièmes de plus que sa réserve, mais il ne les a pas par préciput, et il est réputé n'avoir qu'une part égale à celle du copartagé qui n'a que sept vingt-quatrièmes.

Le réservataire est-il dans l'impuissance de rien réclamer contre l'étranger et contre son cohéritier mieux loti?

Si oui, il est de pire condition que si l'ascendant d'un lot sur l'autre eût fait l'objet d'un préciput éventuel, car avec la clause de préciput éventuel il eût pu se prévaloir de la seconde disposition de l'article 1079.

§ 7.

Des solutions diverses de M. Demolombe on peut dégager sa théorie générale.

La thèse de M. Demolombe, c'est que le copartagé qui reçoit son lot de réserve *comme héritier*, qui reçoit *au même titre* sa part dans la quotité disponible, ne reçoit que *comme légataire* et que *comme légataire étranger*, ce qui dans le disponible excède sa portion héréditaire.

Je ne comprends pas très-bien pourquoi les dispositions préciputaires renfermées dans un partage d'ascendant ne sont pas réputées faire partie du partage et sont recueillies à un titre autre que les dispositions non préciputaires. Nous reconnaissons volontiers que les dispositions préciputaires peuvent tantôt avoir une vie propre et indépendante du partage et tantôt n'avoir qu'une existence subordonnée, c'est-à-dire n'être

Digitized by Google

valables et efficaces qu'autant que le partage est lui-même valable et susceptible d'exécution. Mais l'expression de préciput implique que l'avantage assuré s'adresse à un copartagé, dont le lot est grossi par un prélèvement ou par une attribution distincte ou non distincte de sa part héréditaire.

L'ascendant, qui fait la distribution de la totalité ou d'une portion de sa fortune dans les termes des articles 1075 et 1076, n'est pas astreint à l'obligation étroite de n'appliquer que la loi de la succession *ab intestat;* il a le droit de se mouvoir, en toute liberté, dans les limites de la quotité disponible et de distribuer cette quotité, comme il l'entend, en distribuant la réserve avec laquelle il la mêle et la confond, ou ne la mêle et ne la confond pas, le tout suivant les appréciations de sa souveraineté domestique, qui n'a d'autre frein que les articles 1013 et 1079 combinés du Code Napoléon.

La question est sans doute plus douteuse lorsque le testateur n'a pas réuni l'émolument des deux titres, lorsqu'il a fait deux attributions distinctes. — Cependant même dans ce cas, nous ne voyons pas un *copartagé* héritier et un *légataire;* nous ne voyons qu'un *copartagé* appelé à profiter d'un lotissement, qui ne cesse pas d'être un lotissement, parce qu'il est plus fort et se compose de deux portions.

§ 8.

M. Demolombe me paraît trop enclin à isoler du partage les dispositions préciputaires qu'il renferme...

Peut-être est-il permis de trouver la trace de la même préoccupation dans la manière suivant laquelle l'auteur calcule la lésion dont se plaint un copartagé gratifié par le partage même de la quotité disponible. (V. tome VI, n°s 177 et 177 *bis*.)

L'actif distribué est de 24,000 francs, et il n'y a que deux enfants. L'un de ces enfants a été gratifié de la quotité disponible. Il soutient qu'il est lésé parce que son lot de réserve et de préciput ne vaut que 13,000 francs. L'enfant réduit à sa réserve a obtenu presque autant que lui puisqu'il a reçu 11,000 francs. Déduction faite de son préciput de 8,000 francs, que reste-t-il pour la réserve de l'enfant qui articule la lésion? 5,000 francs. Ne faudrait-il pas qu'il eût au moins 6,000 francs

Digitized by Google

pour ne pas être lésé? Il ne saurait donc avoir en tout moins de 14,000 francs.

Le défendeur à l'action ne peut-il pas répondre : « A vos deux titres de réservataire et de préciputaire, vous avez droit à 16,000 francs. Pour que votre apportionnement soit réputé lésionnaire, la loi exige un déficit de plus d'un quart. Le déficit n'existerait qu'autant que vous auriez moins de 12,000 francs; or, vous avez 13,000? »

Ce raisonnement serait certainement décisif si le réclamant avait été apportionné confusément de biens valant 13,000 fr., pour le remplir de sa réserve et de son préciput.

Mais dans le cas même où il y aurait deux lots distincts, ne serait-il pas juste de les réunir pour vérifier l'existence de la lésion?

Supposons que le lot de préciput fût de 9,000 francs et le lot de réserve de 5,000 francs. Dirait-on que les 1,000 francs en trop sur le préciput ne compenseraient point les 1,000 francs en moins sur la réserve et n'excluraient point l'action en lésion? Pour le calcul de la lésion, ne réunit-on pas les partages partiels? M. Demolombe, qui n'a accepté cette dernière doctrine qu'avec répugnance, s'est, sur une question qui s'y relie par des analogies, montré fidèle à ses tendances. — Pour nous, le copartagé tout à la fois réservataire et préciputaire n'est que le même héritier qui n'a pas à se plaindre s'il a obtenu, sur la masse partageable, plus des trois quarts de la portion afférente à son droit.

Lorsque l'un des copartagés cumule avec le bénéfice de la quotité disponible le bénéfice de quelque inégalité dans le partage de la réserve (et c'est la seconde hypothèse prévue par l'article 1079), la lésion, si minime qu'elle soit, ouvre une action en rescision. Dans ce cas, M. Demolombe reconnaît que peu importe que la disposition préciputaire ait été distinguée de l'apportionnement de l'enfant avantagé, ou que préciput et lot de réserve aient été confondus. (T. VI, n° 194.)

Nous ne prétendons pas qu'il y ait contradiction entre les deux solutions que nous rapprochons. Nous voulons seulement faire remarquer que l'article 1079 bien interprété fournit un témoignage qu'il peut y avoir justice à combiner l'émolument du préciput avec la part de réserve, que cet émolument ou cette part soient confondus ou distincts, pour apprécier la portion d'un copartagé.

Digitized by Google

Nous avons raisonné dans l'hypothèse d'un partage testamentaire, mais notre doctrine s'appliquerait à un partage entre-vifs. La question notamment de savoir si les descendants du copartagé, avantagé par préciput, représentent leur auteur pour le bénéfice de la disposition préciputaire, réclame plus impérieusement encore notre solution, lorsqu'il s'agit d'un partage dans la forme d'une donation. Les descendants du copartagé donataire, mort avant le donateur, prennent dans le partage la place restée vide. Ils courent la chance, s'ils sont obligés de renoncer à la succession du copartagé prédécédé, ou si, acceptant cette succession, ils ne retrouvent pas le lot qui a été aliéné, de ne recueillir qu'une part héréditaire fictive... Comment ne seraient-ils pas subrogés à tous les droits de leur auteur, *cum omni causâ*, eux qui sont exposés à précompter un émolument dont ils peuvent être dépouillés?

§ 9.

L'étranger donataire par contrat de mariage de la quotité disponible peut être compris dans le partage d'ascendant : il doit être assimilé à un enfant; c'est un enfant de plus, un réservataire dont la réserve a été créée, non par la loi, mais par la volonté du donateur. L'institution contractuelle avec un autre système enlèverait à l'ascendant le droit de partager son bien entre ses descendants. Mais l'institué sera-t-il de meilleure condition que les enfants? pourra-t-il se plaindre de toute lésion, ou ne pourra-t-il réclamer qu'à raison d'une lésion de plus du quart? Ici encore il s'agit de savoir si la quotité disponible échappe aux règles qui gouvernent le partage d'ascendant.

La jurisprudence (Caen, 21 mars 1838; Devill. et Car., 38, 2, 409. Cassation, 26 mars 1845; Devill. et Car., 47, 1, 12) et la doctrine inclinent à accorder l'action en rescision à l'institué pour une lésion inférieure au quart. C'est, dit-on, le seul moyen de prévenir la révocation indirecte, les atteintes à un titre irrévocable.

Nous ne saurions accepter cette opinion qui nous paraît encore empreinte de l'idée que nous combattons.

Il est vrai que le copartagé, dont nous nous occupons, n'est pas un descendant, qu'il est un étranger. Mais de deux choses

Digitized by Google

l'une : ou cette qualité d'étranger exclut l'institué du partage et exclut par cela même le partage, ou elle ne l'exclut pas du partage, et alors il doit y figurer au même titre et aux mêmes conditions que les enfants. Si après la mort de l'instituant il figurait à un partage en justice ou à un partage amiable, pourrait-il se plaindre d'une lésion moindre du quart? Non évidemment; pourquoi plus de garanties contre l'ascendant que contre les coïntéressés? Serait-ce parce que l'institué dans le cas de partage d'ascendant subirait la loi du donateur, tandis qu'il se la ferait à lui-même ou la contrôlerait au moins, s'il s'agissait d'un partage ordinaire? La fraude ne se suppose pas et la lésion de moins d'un quart dans un lot n'est pas réputée volontaire. Pourquoi mieux protéger la distribution de la quotité disponible que la distribution de la réserve?

L'enfant réservataire, de par la loi, a-t-il donc un titre moins sacré que l'institué, réservataire, de par le donateur? Pourquoi l'ascendant serait-il plus facilement suspect de vouloir attenter à un titre qui est son œuvre qu'à un titre qui est l'œuvre d'une volonté supérieure à sa volonté personnelle?

Si l'institué au lieu d'avoir moins que la quotité disponible avait plus que cette quotité, mais qu'aucun des enfants ne fût lésé de plus du quart, ceux-ci auraient-ils une action en réduction contre lui? Non, suivant nous; oui, suivant M. Demolombe, dont il faut rapprocher divers numéros, les n°s 78, 177 et 185.

Ce que M. Demolombe dit du donataire étranger copartagé, pour le soustraire aux règles du partage d'ascendants, il le dit de l'enfant copartagé, en tant qu'il est donataire de la quotité disponible. C'est toujours la même théorie que nous rencontrons : le copartagé, pour son préciput, n'est pas un copartagé; pour nous, c'est un copartagé qui a une plus forte part.

§ 10.

La question de savoir si la disposition préciputaire survit à la rescision du partage n'est pas non plus sans parenté avec les points dont je viens de m'occuper; mais elle est moins une question de droit qu'une question d'intention, et, sous ce rapport, elle ne comporte guère la domination d'une thèse *à priori*.

Digitized by Google

La circonstance que l'enfant avantagé n'a pas reçu une seule et même attribution, pour le remplir de son droit de réservataire et de son droit de préciputaire, peut faire présumer, sans le prouver, que le préciput est indépendant du partage.

La circonstance que les deux titres ont été confondus dans un seul et même lotissement peut faire présumer, sans le prouver, que le préciput est subordonné à la validité du partage.

Il n'y a dans l'une et dans l'autre circonstance qu'un indice, un témoignage qui peut être combattu efficacement par d'autres indices, par d'autres témoignages (V. M. Demolombe, t. VI, n° 242). Le critérium et les distinctions de ce savant jurisconsulte ont à nos yeux un caractère trop absolu.

§ 11.

« C'est une clause très-usitée dans les partages d'ascendants, surtout *dans ceux qui se font par testament*, dit M. Demolombe (n° 61, t. VI), que celle par laquelle il est déclaré que si l'un des enfants attaque le partage, il sera privé de sa part dans la quotité disponible, qui est pour ce cas attribuée par préciput à ceux des enfants qui la respecteront. » Le jurisconsulte considère cette clause comme valable. Nous la tiendrions, nous, pour nulle dans un partage entre-vifs. La quotité disponible n'est pas un bien présent; c'est une portion aliquote d'une universalité qui ne sera connue qu'au décès du donateur; elle ne peut être l'objet d'une transmission même éventuelle par une donation de biens présents. (V. nos *Questions pratiques et doctrinales*, n° 512.)

Cette clause, nous l'admettons, n'a rien de contraire à l'essence ou même à la nature d'un partage testamentaire. Mais est-elle valable quand elle a pour objet ou seulement pour effet de sanctionner une atteinte à la réserve de l'un ou de plusieurs des copartagés?

Le réservataire peut, après l'ouverture de la succession, faire le sacrifice d'une portion de sa réserve, puisqu'il peut y renoncer tout à fait; aucun intérêt public n'empêche les copartagés de se contenter de lots inférieurs à leurs droits.

L'ascendant a laissé à chacun de ses légataires héritiers l'option entre l'exécution du partage et la réclamation du bénéfice de son titre de réservataire; où trouver en cela un mal social?

Digitized by Google

Ce qu'il convient de remarquer, c'est que cette clause pénale peut amener de singuliers résultats, si elle ne comprime pas les plaintes.

Un copartagé réclame sa réserve et il établit qu'il ne l'a pas. D'après la Cour de cassation (17 août 1863; Devilleneuve et Carette, 63, 1, 529), on ne peut sauver le partage, en fournissant un complément au réclamant, si ce qui lui manque est dans les lots des autres copartagés, car alors ceux-ci ont plus que la loi ne permet et l'article 1079 du Code Napoléon est applicable. Voilà donc le partage menacé par la clause même destinée à en assurer la stabilité. Pour légitimer la réclamation, une lésion de plus du quart ne sera pas nécessaire; tout déficit suffira, et cela à cause de la disposition préciputaire dont l'existence entraîne l'application de la deuxième partie de l'article 1079.

Sans la clause pénale qui implique l'existence d'un préciput, le copartagé, en tant qu'il n'était pas lésé de plus du quart sur la portion à lui afférente dans la masse partageable, n'aurait pu se plaindre, et le partage eût été plus solide.

Que si la réclamation est rejetée parce que le réservataire a plus que sa réserve, que deviendra l'excédant? Sera-t-il enlevé au réclamant pour être, entre les non-réclamants, l'objet d'un partage supplémentaire, ou bien le partage tout entier tombera-t-il pour être remplacé par un nouveau partage dans lequel le réclamant ne figurerait que pour avoir sa part de la quotité indisponible? Ce point n'est peut-être pas exempt d'embarras.

La clause que nous étudions ne sera sans danger que dans le cas où le réclamant n'aura reçu ni plus ni moins que sa réserve.

Toutefois les inconvénients d'une clause ne sont pas toujours et nécessairement exclusifs de sa validité. L'examen, au point de vue des principes, s'impose.

Il y a des modes divers d'altérer la réserve; on peut la diminuer en *quantité*, on peut la diminuer en *qualité*, par exemple en la grevant de conditions.

J'ai écrit qu'un père, qui substitue à l'un de ses enfants les petits enfants nés et à naître du grevé, peut efficacement, non par donation entre-vifs, mais par testament, étendre la substitution à la part de réserve de son légataire, si telle est la con-

Digitized by Google

dition expresse de la disposition préciputaire, sauf bien entendu au réservataire à répudier le legs pour s'en tenir au droit qu'il tient de la loi. (*Questions pratiques et doctrinales*, n°s 507 à 514.)

N'ai-je pas ainsi préjugé singulièrement notre question?

Je reconnais que les deux questions ont des rapports de ressemblance, mais la ressemblance n'est pas l'identité.

Dans le cas d'extension de la substitution à la part dans la réserve, sous la condition pour le grevé d'avoir un préciput, le substituant offre au réservataire une compensation, et partant il n'est pas irrévocablement convaincu d'avoir voulu violer la loi. La possibilité d'une option sérieuse est exclue au contraire dans le cas où l'ascendant qui a fait le partage est, sur la réclamation du copartagé, convaincu de ne pas lui avoir laissé sa réserve; il est par le fait convaincu d'avoir offert à ce réservataire d'opter entre une part inférieure et une part adéquate à son droit; il n'y a pas de place pour une option sérieuse.

J'admets avec la Cour de cassation l'efficacité de la clause lorsque le copartagé élève une réclamation dénuée de fondement parce qu'il a plus que sa part dans la réserve; je conteste cette efficacité quand le réclamant justifie que sa réserve a été entamée. Dans le premier de ces deux cas, l'ascendant a sanctionné une loi juste; dans le second il est établi que sa sanction s'applique à une loi injuste.

Il est vrai qu'il peut y avoir incertitude dans le dernier cas, sur la volonté de l'ascendant de faire une injustice; n'a-t-il pas pu se tromper? La réponse à cette objection, c'est que, s'il s'est trompé, il n'a point eu et n'a point pu avoir l'intention de punir l'enfant qui démontrerait l'erreur afin de ne pas en être victime. La pensée de l'ascendant, si on la présume honnête, et l'on doit la présumer telle, a été seulement, a dû être d'attacher la punition à une attaque imprudente.

Insisterait-on en disant que le but est de prévenir les embarras et les frais de la vérification? Je répondrais que ce but n'est pas légitime et que la peine n'a de prise que sur le coupable, que sur l'enfant qui a illégitimement résisté à la volonté paternelle.

Reste un argument qui appelle une appréciation. L'enfant peut, après l'ouverture de la succession, pactiser sur sa ré-

Digitized by Google

serve... Oui, mais n'en concluez pas que le testateur a le droit d'imposer, à l'aide d'une clause pénale, un sacrifice aux dépens du titre du réservataire.

L'héritier peut, après la mort du substituant, renoncer au profit du grevé, à la nullité qui vicie la substitution prohibée. (*Questions pratiques et doctrinales*, n° 492.)

Le substituant, lui, ne pourrait pas, à l'aide d'une clause pénale, imposer cette renonciation à son héritier. (*Questions pratiques et doctrinales*, n° 492.)

Le respect de la réserve est une loi d'ordre public pour le disposant. Pour le réservataire, après l'ouverture de la succession, la réserve n'est qu'une propriété ordinaire qui n'a rien d'inviolable; dans sa main elle est susceptible d'aliénation, partant de transaction.

Voilà par quels motifs je me rallie à M. Carette, dont la thèse juridique et morale (Car. et Gilb., 64, 1, 265) n'a pas été, à mes yeux, ébranlée par les efforts de M. Demolombe qui enseigne sous les n°s 61, 62, 63, 64 de son tome VI une théorie peut-être difficile à concilier avec la théorie du n° 435 du tome V.

La reproduction, avec des témoignages d'acquiescement, des nombreuses solutions sur lesquelles je suis en parfait accord en matière de partage d'ascendants avec le savant auteur qui a écrit le plus récemment sur cette matière, serait dénuée de toute utilité et de tout intérêt. N'est-il pas utile, au contraire, de préciser, en les groupant, quelques-unes des difficultés qui me semblent pouvoir être l'objet de dissidences? Le jurisconsulte qui a si légitimement discuté les doctrines de M. Troplong et de ses autres devanciers a lui-même indiqué et frayé la voie, et cette voie est celle du progrès; il n'a fait une si large part à la critique scientifique que parce qu'il en apprécie les droits et les services. A. BERTAULD.

Digitized by Google

OBSERVATIONS SUR LE MÉMOIRE DE M. BATBIE,

INTITULÉ

RÉVISION DU CODE NAPOLÉON.

Par M. A. Duverger,
professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite*[1]. *Réplique à M. Batbie.*)

VII.

Mon cher collègue,

Avant de reprendre, en matière de prodigalité, la défense du Code civil contre votre mémoire, permettez-moi de préciser les termes de la question qui nous divise.

Vous avez demandé l'abrogation de l'article 513 qui autorise à pourvoir le *prodigue* d'un conseil judiciaire.

Cet article, tel qu'il est entendu et appliqué, doit-il disparaître de nos lois? Voilà la question que vous avez soulevée, voilà celle que j'ai discutée dans mon second article (t. XXIX, p. 116).

Votre réponse est surtout dirigée contre une théorie qui chargerait d'entraves, par devoir de charité, non-seulement les dissipateurs dont j'ai parlé : les jeunes gens, prodigues par défaut de maturité; les hommes que leurs passions et leurs vices jettent dans les plus folles dépenses; ceux dont la devise est *courte et bonne*, et que j'ai nommés les prodigues par système[2]; mais encore « les hommes à projets » dont vous faites « la dernière espèce de prodigues. » Vous voyez déjà les juges défendre « (toujours pour remplir le « devoir de charité) l'homme à projets contre les entraîne- « ments de son génie, comme s'il s'agissait de retenir un pro- « digue vicieux ou passionné. » Vous montrez cette théorie entraînée par son principe jusqu'à donner des conseils, *pour*

[1] Voy. tome XXVIII, p. 308; tome XXIX, p. 116, et ci-dessus, p. 128 et 322.

[2] T. XXIX, p. 140.

Digitized by Google

peu que la famille criât, « à ceux qui se ruinent pour une idée; « à tous les héros de la civilisation, qui sacrifient leur fortune « au bien public; aux inventeurs que pousse l'espoir d'une « découverte, aux hommes de la race de Christophe Co- « lomb....., à l'homme charitable qui se ruine au profit des « pauvres..... » (*Deuxième lettre*, ci-dessus, p. 228.)

Je prouverai bientôt que ma doctrine ne contient pas ce que vous en avez fait sortir. Préalablement, je dois rappeler ce qu'est le *prodigue*, la seule personne à qui s'applique l'article 513. Dans les passages mêmes où vous parlez du prodigue, vous en avez tellement atténué le caractère, qu'il devient difficile de reconnaître le système de la loi.

« Un père de famille, dites-vous, s'est laissé aller *à quelques* « *désordres* dans sa petite ville, et la famille a de tout ce qu'il fait « une défiance telle qu'en aucune circonstance sa voix n'est « écoutée. Cette situation lui paraît intolérable, et, comme il « se sent du talent (son talent est généralement reconnu), il « prend la résolution de vendre son bien et de s'établir à « Paris, où il espère conquérir une position. Ce n'était qu'une « espérance, il est vrai, mais il a de l'intelligence assez pour « que son projet ne pût pas être traité de chimérique. *Sa femme* « *et ses parents lui font donner un conseil judiciaire.....* » (Ci-dessus, p. 225.)

Un conseil judiciaire pour « quelques désordres » et pour un projet traité de chimérique! Évidemment, le tribunal a mal appliqué l'article 513. Ce père de famille n'était pas un *prodigue*. Il devait attaquer le jugement. La Cour eût réformé la décision des premiers juges.

Vous ajoutez : « Après tout, cet homme ne voulait faire « qu'un acte bien simple et qui a réussi dans d'autres cas. Il « se proposait de tenter ce qu'ont fait tant d'avocats célèbres « qui, avant d'arriver à la renommée et à la fortune, ont com- « mencé par dépenser tout leur patrimoine pour atteindre le « succès. »

Ils ignorent donc ce qui les menace, les nobles jeunes gens que le feu de la science enflamme! Si, rêvant la gloire de Gerbier ou de Dupuytren, ils donnent à l'étude, non-seulement les jours et les nuits, mais encore la modique fortune que leur a transmise leur père ou leur mère; s'ils n'en sont plus au projet de sacrifier le présent à l'avenir; si, déjà, ils ont dépensé

Digitized by Google

pour s'instruire la plus grande partie de leur capital, qu'ils tremblent! Tant que l'article 513 est debout, un parent, trop ardent à les protéger, peut les convaincre de prodigalité et leur faire donner un conseil judiciaire!

Vous poursuivez : « En donnant aux juges le pouvoir d'en-« trer dans la vie des particuliers, on ouvre la porte aux « immixtions les plus diverses, aux usurpations les plus into-« lérables. Cependant les juges sont des hommes pleins de « modération et de réserve; j'en conviens; mais s'ils entendent « la sagesse autrement que moi, si je suis hardi et qu'ils soient « timides, *ils se fonderont sur le plus petit désordre* relevé à ma « charge pour me forcer à être sage à leur manière. *Optima « lex quæ minimum judici.* » (*Loc. cit.*, p. 226.)

Les caractères de la prodigalité sont fixés par un si grand nombre de textes juridiques ou littéraires, que de pareils abus de l'article 513 sont impossibles. J'avais cru suffisant de rappeler ces paroles de Portalis : « Comme la prodigalité est, depuis longtemps, une cause d'interdiction, l'expérience et l'usage ont éclairé sur la manière de reconnaître quand elle existe. » (T. XXIX, p. 160). Mais vous ne vous y êtes pas arrêté. Il faut donc insister sur ce point essentiel.

J'ose à peine, tant elles sont connues, citer les formules et les lois romaines : « *Quando tu bona paterna avitaque* NEQUITIA TUA DISPERDIS, LIBEROSQUE TUOS AD EGESTATEM PERDUCIS... » — « *Solent hodie prætores vel consules, si talem hominem invenerint qui* NEQUE TEMPUS NEQUE FINEM EXPENSARUM HABET, *sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi...* » — « *D. Pius matris querelam de filiis prodigis admisit, ut curatorem accipiant, in hæc verba : Non est novum quosdam, etsi mentis suæ videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur his, deducantur in egestatem : eligendus itaque erit qui eos consilio regat : nam æquum est prospicere nos etiam eis, qui, quod ad bona ipsorum pertinet,* FURIOSUM FACIUNT EXITUM. » (L. 12, § 2, *De tutor. et cur.*, XXVI, 5, ff.)

Il y a bientôt deux mille ans que Cicéron a prévenu la crainte qui vous agite, mon cher collègue, de voir interdire comme prodigue l'homme charitable qui se ruine au profit des pauvres[1]. « *Omnino duo sunt genera largorum, quorum* ALTERI

[1] « Sans doute vous appelleriez la société à remplir son devoir de charité

Digitized by Google

PRODIGI, ALTERI LIBERALES : PRODIGI, *qui epulis, et viscerationibus, et gladiatoriis muneribus, ludorum venationumque apparatu* PECUNIAS PROFUNDUNT IN EAS RES QUARUM MEMORIAM AUT BREVEM, AUT NULLAM OMNINO SINT RELICTURI. LIBERALES *autem qui suis facultatibus aut captos a prædonibus redimunt, aut æs alienum suscipiunt amicorum, aut in filiarum collocatione adjuvant, aut opitulantur in re vel quærenda vel augenda.* » (*De officiis*, lib. II, cap. 16.)

Horace, s'il eût compris parmi les prodigues ceux « qui se ruinent comme hommes à projets » et « qui sont les remorqueurs de la civilisation, » n'aurait pas assimilé le prodigue au sot ou à l'insensé :

Prodigus et stultus donat quæ spernit et odit.
(Epist., I, 7.)

Sous quel nom traverse-t-elle les siècles, la parabole qui commence ainsi : Un homme avait deux fils ; — et le plus jeune dit à son père : Mon père, donne-moi la part du bien qui me doit échoir, et il leur partagea ses biens ; — et peu de jours après, quand le plus jeune fils eut tout ramassé, il s'en alla dehors, en un pays éloigné, et là *il dissipa son bien en vivant dans la débauche...* ?

Au temps de l'astrologie judiciaire, les prodigues naissaient sous le signe *du Verseau.* « Prodigi (*si Manlio credimus*, lib. 2 *Astron.*) *sub aquario nascuntur, quia opes profundunt instar amphoræ quæ aquam versat et projicit.* » (Cité par Denisart, v° *Prodigues*, n° 7, 7e édition, t. IV, p. 32.)

D'après Meslé, le prodigue « ne met ni terme ni fin à ses dépenses, déchire et dissipe ses biens avec profusion... Paraissant raisonnable dans ses discours, il tient une conduite d'insensé quant au gouvernement de ses biens [1]. »

M. Portalis suivait donc la tradition lorsqu'il rappelait, dans la discussion de l'article 513, que « la vraie prodigalité dissipe sans objet; qu'elle ne produit que désordre et scandale ; que les lois l'appellent *nequitia.* » — « Quant aux fausses spéculations, ajoutait Cambacérès, il est impossible de les considérer comme des actes de prodigalité. » — M. Tarrible disait au

envers ce *prodigue* angélique, pour l'empêcher d'être trop charitable. » (Ci-dessus, p. 229.)

[1] *Traité des minorités, tutelles...*, partie II, chap. 13, n° 71 (1752).

Digitized by Google

nom du Tribunat : « L'âme du prodigue s'use, s'épuise, se dessèche dans l'excès des jouissances; et ses richesses, s'écoulant rapidement, vont se perdre dans les égouts du vice et de la débauche. » (Fenet, t. X, p. 691, 692 et 738.)

Depuis la promulgation du Code, la doctrine des auteurs se serait-elle altérée sur le caractère du prodigue?

Delvincourt exige que la personne ait un goût « tellement excessif pour les dépenses *inutiles* qu'elle soit exposée à être en peu de temps plongée, elle et sa famille, dans une profonde misère. » (T. I. p. 134, 1824.)

Toullier, comme Cicéron, oppose le prodigue à l'homme libéral (t. II, n° 1370).

« Excité par des besoins factices, entraîné par des désirs sans frein et des passions désordonnées, dit à son tour M. Duranton, le prodigue se précipite en aveugle vers sa ruine et échange contre les humiliations et le mépris justement attachés à la misère, née du déréglement, le patrimoine qu'un père économe et sage avait su lui conserver..... .....La libéralité se trouve placée entre la prodigalité et l'avarice comme toute vertu entre deux vices opposés..... La manie des procès est un autre genre de prodigalité qui n'est pas moins pernicieux pour celui qui en est possédé, et qui a, de plus, le funeste effet de rejaillir sur les autres en troublant leur repos..... » (*Cours de droit français*, t. III, n° 705 et 797.)

Le prodigue, d'après M. Demolombe, « c'est le dissipateur sans frein, celui qui gaspille follement son patrimoine » (T. VIII, n° 692); pour MM. Aubry et Rau, c'est l'homme qui par déréglement d'esprit ou de mœurs dissipe sa fortune en excessives et folles dépenses... » (T. I, p. 505.)

Les tribunaux ont-ils arrêté, sous prétexte de prodigalité, l'essor du spéculateur qui se serait ruiné peut-être, mais qui aurait ouvert à sa patrie une abondante source de richesse?

« Quelles que puissent être, dit la Cour de Paris, les conséquences (d'obligations prises par une femme mariée pour faciliter à son mari des spéculations...), il est impossible de les assimiler *à ces dépenses faites sans but utile et qui ne laissent pas de traces, ou à ces profusions que la loi romaine qualifie de folies et qui sont le caractère essentiel de la prodigalité.....* » — En conséquence, la Cour infirme le jugement

Digitized by Google

qui avait nommé un conseil judiciaire à la femme d'un spéculateur [1].

Je peux, mon cher collègue, pour fixer le sens de l'article 513, invoquer des autorités d'un ordre différent. Le dictionnaire répond que le prodigue est celui « qui dissipe son bien en excessives et folles dépenses. »

La comédie, qui parle la langue vulgaire, s'accorde avec l'Académie française.

Voltaire fait dire par Jasmin à l'enfant prodigue :

> Ta pauvreté m'a rendu ton égal.
> Non, tu n'es plus ce monsieur d'Entremonde,
> Ce chevalier si pimpant dans le monde,
> Fêté, couru, de femmes entouré,
> *Nonchalamment de plaisirs enivré :*
> Tout est au diable.....
>
> (Acte III, scène I.)

Sur le théâtre moderne, les rôles sont intervertis plus souvent qu'autrefois; on oublie ces beaux vers de *Brutus* :

> Un fils ne s'arme point contre un coupable père;
> Il détourne les yeux, le plaint, et le révère.

Ce sont volontiers les fils qui font de la morale à leurs pères. Mais le caractère de la prodigalité n'a point changé. On met sur la scène un père prodigue, et son fils lui dit : « Dans cette terre d'agrément où tu as invité tous ces messieurs à venir chasser à la fin du mois....., tu as douze gardes, deux piqueurs, une meute de quarante chiens, dix chevaux.....; ajoutons à cela les fêtes qu'il te vient à l'esprit d'y donner de temps en temps. » — Le père répond : « Ça fait plaisir aux paysans qui m'adorent; mais entre nous, c'est bien mesquin! Ah! si j'avais été riche, j'aurais fait de belles choses! On ne sait pas dépenser l'argent en France. En Russie, à la bonne heure! Voilà des gens qui s'entendent à donner une fête! Mais qu'est-ce qu'on peut faire avec deux cent mille livres de rente [2]? »

[1] Arrêt du 7 janvier 1856; Devill. et Car., 1856, 2, 223. — *Jungé* Arrêt de la Cour de Besançon du 9 avril 1808; Dalloz, *Répertoire*, v° *Interdiction*, n° 256, note 2; — Jugement du tribunal de la Seine du 30 août 1817, qui refuse de nommer au défendeur un conseil judiciaire : « Attendu qu'il n'est pas allégué que les dépenses des procès intentés ou soutenus par S... aient absorbé une partie notable de ses capitaux et l'aient exposé au danger d'une ruine certaine. » Sirey, 1817, 2, 369.

[2] *Un Père prodigue*, par M. Alexandre Dumas fils, acte I, sc. XII (1859.)

Digitized by Google

« Les inventeurs que pousse l'espoir d'une découverte » sont-ils confondus avec les prodigues?

M. Émile Augier nous rassure dans *Maître Guérin.*

Desroncerets est peut-être un homme de génie. « Il a fait, dit Cécile, je ne sais combien d'inventions plus ingénieuses les unes que les autres sur le papier..... » La fille de *Desroncerets* a sa procuration; elle lui refuse de l'argent pour une méthode qui apprendrait à lire en vingt et quelques heures.

Desroncerets : — « Voilà qui passe les bornes! Suis-je un *dissipateur* ou un aliéné? J'ai été malheureux, voilà tout... Il n'y a pas un tribunal qui prononçât contre moi l'interdiction dont ma fille ose me frapper. »

Francine ne se rend pas; elle dit à son père: « Et si tu échoues? »

Desroncerets: — « J'aurai tenté du moins. » — Puis, s'exaltant : « Quand Palissy jetait ses meubles dans son four et Cellini sa vaisselle dans son moule, étaient-ils sûrs du succès? Et qu'était-ce que leur œuvre à côté de la mienne? Quand Dieu met une idée dans la tête d'un homme, ce n'est pas l'idée qui appartient, c'est l'homme! Il se doit tout entier, et si ce n'est pas assez de sa vaisselle et de ses meubles, qu'il se jette lui-même dans la fournaise, lui et les siens. »

Le sens juste de la pauvre enfant (ou de M. Augier) ne la trompera pas.

Francine s'écrie : « Mais c'est de la *démence!* tu me fais peur. »

Elle ne parle pas de prodigalité. — La langue y résiste.

Telle est, mon cher collègue, la réponse à l'objection que vous a fournie contre la loi cette phrase de mon premier travail: « J'aurais, sans scrupule, nommé un conseil judiciaire à Balthazar Claës. »

Vous m'écrivez : « Votre aveu est complet... » et, dans le résumé de vos arguments contre l'article 513 : « 8° — *Les « prodigues* qui se ruinent comme *hommes à projets* sont les « remorqueurs de la civilisation; il serait contraire à l'intérêt « général de les entraver dans le noble usage qu'ils font de « leur fortune. »

En supposant que ce que j'ai dit de Claës — je vais y revenir — implique la confusion dans laquelle vous êtes tombé entre le prodigue et celui qui ne l'est pas, l'article 513

Digitized by Google

serait hors de cause, car il ne nomme que le prodigue.

Or Claës n'est pas un prodigue.

Pourquoi donc, me direz vous, en avez vous parlé ?

D'abord, pour emprunter à Balzac la peinture saisissante d'une mère au désespoir; ensuite, pour montrer que le génie même ne donne pas au père le droit de mort sur ses enfants, c'est-à-dire que, lorsque le génie devient folie, il doit être arrêté.

Permettez-moi de reproduire le passage dont vous avez détaché la phrase qui est devenue compromettante pour ma doctrine sans l'être pour la loi, ce qui est de tout autre importance.

Après avoir cité ces mots de votre mémoire : « La famille se plaint également du dissipé et du chercheur, de celui que tourmentent les passions et de celui qu'agite une idée..., » j'ai dit : « C'est vrai. — Mais la famille n'est pas juge; et je ne crains pas que le tribunal, que la Cour impériale, chambres réunies, se décide légèrement à ralentir l'essor du génie ou du talent par la nomination d'un conseil judiciare. Que si la justice vient à frapper d'une demi-interdiction le *chercheur*, eût-il du génie, c'est que la femme et les enfants de l'homme de génie ont, après tout, le droit de ne pas mourir de faim. J'aurais sans scrupule nommé un conseil judiciaire à Balthazar Claës. »

Mais ce qui prouve que je n'ai point entendu élargir le sens traditionnel du mot prodigue, pour y faire entrer l'inventeur, c'est que je n'ai compté que *trois* catégories de prodigues, les prodigues par faiblesse, les prodigues par passion, les prodigues par système, se ruinant en dépenses inutiles et insensées, perdant, avec leur fortune, « *l'habitude du travail*, l'aptitude même au travail, plus encore, la santé et, avec elle, la force de travailler; » nuisant à la société, et non pas la servant comme l'inventeur ou l'homme charitable. (T. XXIX, p. 134, 155, 157.) Je n'ai pas fait des hommes à projets une quatrième classe de prodigues.

Il est vrai, je le déclare de nouveau, que j'aurais pourvu Claës d'un conseil judiciaire, et que j'en donnerais un aux inventeurs qui lui ressemblent.

En vertu de l'article 513? — Non, — mais en vertu de l'article 499. Cette disposition permet au tribunal d'ordonner, « *si les circonstances l'exigent*, » que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, etc., sans l'assistance d'un

Digitized by Google

conseil. La portée de ce texte, dont vous ne demandez pas l'abrogation, est ainsi définie dans l'exposé des motifs : « Il est possible qu'une personne dont l'interdiction aura été demandée pour cause d'imbécillité ou de démence ne paraisse pas être en cet état, mais qu'il soit bien prouvé qu'à raison de la faiblesse de son esprit ou de *l'ascendant de quelque passion dominante*, elle soit peu capable de la direction de ses affaires. Alors le juge serait embarrassé si la loi ne lui permettait pas d'employer un autre remède que celui de l'interdiction. » (Fenet, t. X, p. 710.) Claës était-il dominé par une passion irrésistible, contre laquelle lui et les siens devaient être protégés [1] ?

Vous n'en doutez pas, je crois, car vous dites : « Soit pour Claës, qui n'est qu'un personnage de roman. » Eh bien ! je n'ai parlé que de ce personnage et de ceux qui l'égalent en folie ou en monomanie.

Au risque d'induire à penser que je veux placer dans les maisons d'aliénés les inventeurs que pousse l'espoir d'une découverte, je déclare encore que j'aurais fait enfermer ou surveiller pendant quelques jours, si j'avais à temps reconnu son accès de folie, le héros de cette légende chinoise : « L'inventeur de la porcelaine, ayant allumé ses fourneaux pour la cuire, ne pouvait pas obtenir le degré de chaleur nécessaire à la cuisson. Il avait recommencé plusieurs fois sans succès. Un jour enfin, désespéré de son impuissance et *pris de folie*, il se jeta lui même la tête la première dans le four. Il était très-gras. La graisse de son corps anima le feu, et les ouvriers, ce jour là, trouvèrent la porcelaine cuite à point. L'inventeur ne profita pas de son invention. Seulement, en mémoire de son sacrifice, les Chinois l'ont mis au rang des dieux [2]. »

[1] « Quoi ! cet or..., reprit Balthazar en lançant des regards d'une épouvantable lucidité sur sa fille et sur Emmanuel. . . . . .

« Les 2,000 ducats remis en piles, Balthazar dit d'un air désespéré : — Marguerite, il me faut cet or. — Ce serait un vol si vous le preniez, répondit-elle froidement. Écoutez, mon père : il vaut mieux nous tuer d'un seul coup que de nous faire souffrir mille morts chaque jour. Voyez, qui de vous, qui de nous doit succomber.

« — Vous aurez donc assassiné votre père, reprit-il.

« — Nous aurons vengé notre mère, dit-elle en montrant la place où Mme Claës était morte... » — Plus loin : « — Mon père, dit Marguerite avec un accent de désespoir, vous cherchez donc toujours? — Toujours, dit-il *avec un sourire de fou*. Je trouverai, va!... »

[2] M. Saint-Marc Girardin cite cette légende dans *La Fontaine et les Fabulistes*, t. I, p. 7.

Digitized by Google

En résumé, l'article 513 n'est fait que pour les prodigues : or ceux que vous avez très-heureusement appelés *les remorqueurs de la civilisation* ne sont pas des prodigues.

Sous d'autres rapports, vous avez, me semble-t-il, fait de la législation que vous attaquez, un portrait qui ne lui ressemble pas. Vous dites : « Ainsi, tout n'est pas profit dans cet *empressement à charger d'entraves* le prodigue qu'on ne trouve pas « sage, parce qu'il agit autrement que la majorité des hommes [1]. »

Je ne reviens pas sur ce motif, que vous prêtez à la loi, de l'incapacité du prodigue : « *il agit autrement que la majorité des hommes;* » je prétends que l'empressement à charger d'entraves le prodigue ne peut être reproché au législateur. Un homme n'est *un prodigue* que si les folles dépenses sont devenues chez lui une *habitude*. Telle est la langue ; telle est la lettre de la loi, — PRODIGUE y est substantif ; — tel est l'esprit de la loi. « Sans doute, dit l'exposé des motifs, le propriétaire peut impunément abuser de sa chose, et *le jus abutendi* est respecté, puisque l'acte fait par le propriétaire libre est toujours valable ; la preuve de la prodigalité ne résulte pas *d'un seul abus, ni même de plusieurs,* en choses de peu d'importance. Mais *si l'abus tourne en habitude,* il n'y a plus moyen de dissimuler que le dissipateur est une espèce de fou qui manque de discernement pour se conduire et auquel il serait dangereux de laisser l'entier et libre exercice d'un droit dont il n'use pas, dont il ne sait pas user, mais dont il abuse *continuellement.* » (Fenet, t. X. p. 715.)

En fait, ce n'est pas l'empressement de la société à défendre le prodigue contre lui même, que l'on avait remarqué jusqu'ici, c'est la lenteur du secours qui n'arrive, a-t-on dit, qu'après la ruine consommée.

Sous un autre point de vue, l'empressement à charger d'entraves les prodigues ne se concilie pas avec la loi qui commande de suivre, pour la nomination d'un conseil judiciaire, toutes les formes de la procédure en interdiction, et qui donne au défendeur les garanties du double degré de juridiction et du jugement, en appel, par deux chambres réunies.

[1] *Deuxième lettre, supra,* p. 225.

Digitized by Google

En second lieu, la nomination d'un conseil « ne charge pas d'entraves le prodigue. » — Mais, sur ce point, vous vous êtes rectifié vous-même dans un autre passage de votre lettre où, pour affaiblir l'autorité de la longue tradition, vous avez induit de l'adoucissement de la loi sur la prodigalité sa future abrogation : « Aujourd'hui, dites-vous résumant mon pre-« mier travail pour en tirer argument, le prodigue conserve « l'administration de sa fortune; la loi se borne à exiger l'as-« sistance d'un conseil judiciaire pour quelques actes qui sont « énumérés par l'article 513. Le prodigue, pourvu d'un conseil « judiciaire, peut toucher ses revenus et les dépenser à son « gré; il a aussi le droit de tester, et celui de se marier comme « il l'entend. Notre loi est donc fort douce, comparée au droit « romain et à l'ancien droit. » (*Suprà*, p. 221.)

Je relèverai deux traits encore de votre peinture, que je ne trouve pas dans le modèle.

Vous représentez avec insistance la personne pourvue d'un conseil pour prodigalité, comme frappée d'une *marque judiciaire* « qui la perd à jamais, lui ferme toute carrière, lui rend « impossible tout établissement convenable. » (*Suprà*, p. 222.)

Mais il y a dans notre armée de terre et de mer quelques officiers en état de demi-interdiction pour prodigalité. La prétendue marque judiciaire ne ferme donc pas « toute carrière » à celui qui en est atteint.

Si je suis bien informé, les administrations civiles ne sont pas moins paternelles que les autorités militaires. Dans la diplomatie dont vous avez parlé, on n'exigerait pas, je crois, la démission du jeune attaché qui se laisserait entraîner à la prodigalité, et que sa famille arrêterait par la nomination d'un conseil judiciaire.

A vous entendre, le jugement rendu contre le jeune prodigue « est une cause de découragement. Cette décision pèse « sur lui d'un poids si lourd, qu'il ne croit pas à la possibilité « d'une réhabilitation, et il continue sa funeste erreur comme « si on lui avait, par ce cruel procès, fermé la voie de la ré-« paration. » (Ci-dessus, p. 223.)

Les faits, mon cher collègue, ne justifient pas cette critique de la loi et de la société. Chaque année, des mainlevées de conseil judiciaire sont prononcées par les tribunaux.

En 1863, sur cent treize demandes en mainlevée, les juges

Digitized by Google

en ont accueilli cent quatre[1]; en 1864, quatre-vingt-dix-sept sur cent douze[2].

La moyenne, par année, des nominations de conseils pour prodigalité paraît être de trois cent soixante[3].

Je constate que, sur un point, votre seconde critique de l'article 513 ne rappelle pas le reproche que votre première attaque lui adressait avec quelque vivacité. Vous accusiez la loi « de tendre un piége aux tiers qui contractent » avec le prodigue sain d'esprit; vous étiez surtout préoccupé « du sort de la famille des tiers avec lesquels traite le prodigue. » (*Mémoire*, t. XXVIII, p. 132 et 133.) Le silence de votre lettre sur l'objection me dispense de reproduire la réponse que j'avais proposée dans mon premier travail (t. XXIX, p. 141 et suiv.).

Je n'ai fait encore, mon cher collègue, que restituer à la prodigalité son caractère, à la loi sa modération, à la société son indulgence ou sa justice; il me reste à défendre l'article 513 contre l'objection de *principe* que vous lui opposez et contre les considérations au nom desquelles vous condamnez ce texte à disparaître du Code Napoléon.

Vous persistez à soutenir que l'incapacité légale du prodigue est illégitime, parce qu'elle viole le principe de liberté.

J'avais essayé de réfuter votre thèse sur ce point. Vous faites le résumé de mon argumentation « avec autant d'exactitude que le comporte un abrégé. » Dans cet abrégé, permettez-moi de vous le dire, vous avez trouvé de la place pour ce dont je n'avais pas parlé et vous en avez manqué pour une partie de ce que j'avais dit d'essentiel.

Je m'étais gardé d'énumérer parmi les restrictions néces-

[1] *Compte général de l'administration de la justice civile et commerciale en France, pendant l'année* 1863, p. 86. — Je réunis les demandes enregistrées au rôle et celles qui n'y sont pas inscrites.

[2] *Compte général..., pendant l'année* 1864, p. 87. — Quelles sont dans ces chiffres les parts respectives des articles 499 et 513? Le *Compte général* ne le dit pas; mais je pense que l'on guérit plus fréquemment de la prodigalité que de la faiblesse d'esprit, et que ce sont surtout les jeunes gens qui guérissent.

[3] D'après le rapport à l'Empereur qui accompagne le *Compte général* de l'année 1860, le nombre des actions en nomination de conseils judiciaires à des prodigues est, pendant la période décennale 1851-1860, de 3,590.

Digitized by Google

saires du droit individuel la loi sur le travail des *enfants* dans les manufactures. Cette loi ne prouve pas qu'il existe des exceptions légitimes au principe de liberté, même à l'égard des *majeurs* sains d'esprit. Votre résumé porte : « Vous auriez « pu citer dans le même sens la loi qui règle les heures de « travail des enfants dans les manufactures. »

Par contre, j'avais formulé ma thèse en ces trois lignes : « Je prétends que l'intérêt du prodigue lui-même et l'*intérêt de la société* suffisent pour rendre légitime la nomination du conseil judiciaire. » (T. XXIX, p. 150, *in fine.*) Dans votre résumé, l'intérêt de la société, c'est-à-dire la moitié de ma thèse, est complétement omis.

A la fin seulement de votre lettre, vous indiquez deux des considérations d'intérêt général que j'ai présentées.

J'ai défini la liberté civile la liberté de gouverner sa personne et ses biens avec la moindre somme possible de contrainte provenant des pouvoirs publics ou des particuliers[1]; c'était dire que notre loi sur la prodigalité ne peut être maintenue qu'autant qu'elle est nécessaire; c'était prendre à ma charge la preuve qu'il est juste de donner un conseil au dissipateur. — J'ai donc entrepris de justifier l'article 513 par le devoir qui incombe à la société de défendre ceux qui ont besoin d'être protégés, et par le droit qui lui appartient de se garantir elle-même de certains désordres. Toute mon argumentation devait échouer sur le *principe* que voici : Les pouvoirs publics ne peuvent s'immiscer « dans les actes qui sont tantôt bons, « tantôt mauvais, suivant les cas; ces faits-là doivent être « abandonnés à la responsabilité des individus. » (*Deuxième lettre*, ci-dessus, p. 220.) — Vous accordez que, « sans porter atteinte au principe de l'indépendance individuelle, » on peut arrêter un homme qui veut se tuer; que l'on peut aussi prohiber toute convention qui rétablirait, plus ou moins, l'esclavage. « Dans ces cas, la loi et la société empêchent et répriment des « actions absolument mauvaises; il n'y a pas à craindre que « l'obstacle arrête le bien à côté du mal, et l'indépendance in- « dividuelle n'est pas supprimée par ces restrictions, pas plus « que son principe n'est atteint par les dispositions pénales

[1] Voy. t. XXIX, p. 118. — Compar. M. Le Play, *La Réforme sociale en France*, t. I, p. 46.

Digitized by Google

« dont nous frappons les actions criminelles. Autre serait le « caractère des prohibitions faites pour empêcher certaines ac- « tions, parce qu'elles pourraient devenir mauvaises, alors « que, cependant, elles peuvent aussi être utiles. » (*Loc. cit.*, p. 219.)

Si votre principe est vrai, l'article 513 est condamné, car il repose sur une présomption. Or la présomption la mieux justifiée par les faits peut, ne fût-ce qu'une fois sur mille, être en défaut.

Prévenons d'abord tout malendu.

Vous ne me prêtez pas, je pense, cette doctrine absurde qu'il serait légitime de donner un tuteur ou un conseil à toute personne qui peut abuser de son droit. Votre lettre reconnaît que j'admets, comme vous, en principe, à plusieurs reprises, « le « droit pour l'individu majeur de gouverner sa personne et ses « biens librement et avec la moindre somme de contrainte. » (*Loc. cit.*, p. 219.)

Dès lors, puisqu'une question de principe nous divise, votre doctrine, par opposition à la mienne, ne peut être que celle-ci : une seule raison rend légitime une prohibition, à savoir, le caractère, dans le fait défendu, d'acte absolument mauvais. Telle est la portée certaine de ce que vous m'écrivez : « La vé- « ritable QUESTION DE PRINCIPE entre nous, c'est que je limite « l'intervention des pouvoirs publics aux actes mauvais, et que « vous l'étendez aux actes qui peuvent être bons ou nuisibles, « suivant la conduite de l'agent. Ainsi, la règle combat en fa- « veur de ma proposition. » (*Loc. cit.*, p. 220.)

Cette règle commanderait l'abrogation de toutes les lois ou ordonnances, même de tous les arrêtés de police, qui défendent certains actes, non parce qu'ils sont absolument mauvais, mais parce *qu'ils peuvent* avoir des conséquences funestes. Il faudrait, par exemple, supprimer l'nterdiction de porter des armes secrètes, et, pour les femmes, celle de prendre des vêtements d'homme sans autorisation. Une arme secrète peut être un instrument de crime; elle peut être un moyen de salut. Un vêtement d'homme peut éviter des outrages à la femme qui le porte. — J'ai choisi ces deux exemples de prohibitions, parce que vous les avez cités comme des exceptions au principe de liberté individuelle, et que vous paraissez en admettre la légitimité (*Traité de droit public*, t. II, n°s 79 et 80).

Digitized by Google

Direz-vous que vous n'entendez pas interdire à la société, par votre règle, de se défendre ou de défendre les tiers, mais seulement arrêter sa prétention de protéger contre lui-même le majeur sain d'esprit? — Mais vous invoquez votre principe quand l'intérêt de l'État ou celui de la famille sont en jeu. Ainsi : lorsqu'on allègue que le prodigue peut devenir un homme dangereux, vous répondez qu'il peut devenir un homme utile et même un grand citoyen, vous opposez Pitt[1] à Catilina; — Remarquons-nous que les enfants du dissipateur ne sont pas le prodigue lui-même et qu'ils ont le droit de ne pas mourir de faim, vous reprenez : « Le prodigue aurait peut-« être fait une grosse fortune si son conseil ne lui avait pas « barré le chemin; sa famille, qui aurait grandi par sa har-« diesse, végétera sur les débris de sa fortune, et ceux que « la justice a cru sauver de la ruine ont, en réalité, été empê-« chés d'arriver à l'opulence. » (*Deuxième lettre, suprà*, p. 224 et 229.)

Est-il, d'ailleurs, un seul cas, en matière de protection, où l'intérêt de l'individu et celui de la famille ou de la société ne soient liés l'un à l'autre? Est-il, par exemple, indifférent à la société qu'il existe ou qu'il n'existe pas une incapacité légale, c'est-à-dire, une présomption qui préviendra une foule de procès sur la validité des actes faits par la personne qu'il s'agit de protéger?

Je me demande quelles incapacités, parmi les plus nécessaires, resteront debout devant votre principe.

Est-il absolument mauvais qu'une personne âgée de moins de vingt et un ans aliène seule un immeuble ou fasse seule un emprunt? — Un mineur émancipé n'est pas pleinement capable. L'essor d'un homme de génie de dix-huit ans ne sera-t-il pas quelquefois, au grand dommage de lui-même et de l'État, comprimé par un père, par une mère, par un conseil de famille

[1] Pitt était-il un prodigue? — J'en doute fort. S'il l'eût été, le duc de Rutland, qui le connaissait depuis leurs études communes à Cambridge, ne l'aurait pas nommé l'un des tuteurs de ses enfants. (*Biographie universelle*, t. XXXIII, p. 436, note 1.) D'après Macaulay, Pitt montra d'abord le goût du jeu, mais il eut assez de prudence et de résolution pour s'arrêter avant que ce goût n'eut pris la force d'une habitude; il est mort avec des dettes parce qu'il négligeait complétement la tenue de sa maison. *Miscellaneous Writings*, p. 343 et 360.

Digitized by Google

timide ou borné, qui, peut-être, ne voudra pas même l'émanciper? N'était-il pas injuste de refuser la pleine capacité à un enfant tel que Pic de la Mirandole?

L'interdit judiciaire peut avoir des intervalles lucides. Les actes qu'il fait alors ne sont pas plus mauvais, nécessairement, que ceux de tout majeur non interdit. De quel droit l'article 502 frappe-t-il ces actes de nullité?

Est-il absolument mauvais que l'un des époux fasse à l'autre une donation irrévocable? — Non. — Cependant la loi le défend. Encore une entrave! — *Argan* disait : « Voilà une coutume bien impertinente, qu'un mari ne puisse rien laisser à une femme dont il est aimé tendrement, et qui prend de lui tant de soin! » Il est des maris qui, sans avoir la faiblesse du *Malade*, se plaindront de ne pouvoir rien donner à leurs femmes irrévocablement. Vous avez signalé la gêne que cause le caractère forcément révocable de certaines donations, et vous avez, en conséquence, demandé la suppression de l'article 960. (*Mémoire*, t. XXVIII, p. 144.)

J'avais fait observer que vous n'abrogiez pas l'article 1096 (t. XXIX, p. 153). Vous passez ma remarque sous silence; reculez-vous devant la levée d'une prohibition, qui serait cependant la conséquence nécessaire de votre principe?

J'avais dit encore : Si M. Batbie ne demande pas au nom de la liberté le rappel de la loi qui limite le temps de travail de l'ouvrier majeur, il admet que le législateur peut protéger même les majeurs sains d'esprit (t. XXIX, p. 153). — Vous m'écrivez : « *Cette loi est encore trop contestée pour en tirer un* « *argument ayant quelque solidité.* » (Ci-dessus, p. 219, en note.)

Mais, si votre principe est vrai, cette loi est nécessairement injuste. L'ouvrier, auquel ses forces physiques et morales le permettent, ne fait pas un acte mauvais lorsque, par dévouement à sa jeune famille ou bien à son vieux père, il s'engage à travailler quatorze heures par jour.

Une autre prohibition, toute civile, d'une importance considérable, d'une application incessante, va disparaître emportée par votre maxime! — Le majeur sain d'esprit, dont les enfants ou les ascendants sont millionnaires, ne fait pas, du moins à coup sûr, un acte mauvais, s'il partage ses biens entre des parents pauvres, s'il les donne à des amis chargés de

Digitized by Google

famille et dénués de fortune, s'il en dote une commune pour qu'elle bâtisse un hôpital ou des écoles. De quel droit la loi s'immisce-t-elle dans la distribution des biens d'un particulier et prohibe-t-elle des actes qui sont tantôt bons, tantôt mauvais, suivant les cas? N'est-ce pas là confondre le bien et le mal, « empêcher aveuglément les actes les mieux calculés « aussi bien que les entraînements les plus funestes? » Imitons l'Angleterre et les États-Unis, abandonnons aux individus la responsabilité des donations et des testaments. — Mais vous voulez le maintien des réserves.

Cependant, on ne peut accorder la prohibition par la loi d'un seul acte qui n'est pas absolument mauvais, et proscrire l'incapacité légale du prodigue, par cela seul qu'elle empêche des actes qui sont « tantôt bons, tantôt mauvais! »

Il serait d'autant plus difficile, logiquement, de sacrifier l'article 513 à votre principe et de sacrifier votre principe aux aricles 913, 915 et 1096, que la défense d'entamer les réserves et celle de faire, entre époux, des dons irrévocables ne peuvent être levées par qui que ce soit, tandis que tous les actes sont possibles au prodigue avec l'assistance de son conseil.

Après m'avoir opposé le principe que je viens de discuter, vous examinez plusieurs des raisons que j'ai fait valoir pour défendre l'article 513.

Je m'étais appuyé en terminant et d'une façon toute subsidiaire sur la tradition. Vous commencez par cet argument.

Ici, selon vous, l'antiquité et la persistance de l'institution ne prouveraient rien. « Quand une disposition restrictive perd « de sa vigueur, il est naturel de penser qu'elle disparaîtra, « et que le progrès des mœurs, après l'avoir diminuée, finira « par la détruire. »

Sans parler de la contrainte par corps, grave restriction à la liberté, que vous conservez comme *facultative*, et avec raison je crois, il n'est pas d'institutions que le progrès des mœurs ait plus diminuées, que la puissance paternelle et l'autorité maritale. Ces puissances restreignent la liberté de la femme et de l'enfant. Cependant elles ne périront jamais!

Poursuivons : « Quant à l'argument que vous tirez des lois « étrangères contemporaines, vous avez beaucoup affaibli « votre raisonnement en nous apprenant (c'est une preuve de

Digitized by Google

« votre impartialité) ce qui se passe en Angleterre. Là, point « de conseil judiciaire, et c'est tout au plus si la cour « d'équité recherche la sincérité de quelques aliénations de « biens. Cette manière d'agir est irréprochable : proclamer la « liberté de contracter, assurer l'exécution des contrats et an- « nuler ou réduire ceux qui sont entachés de dol, de fraude, « d'erreur, de tromperie, d'abus d'influence, telle est la véri- « table règle. » Et plus bas : « ..... Parmi les lois contempo- « raines, la loi anglaise me donne raison. Or l'Angleterre « n'est-elle pas le pays où on entend le mieux la pratique de « la liberté civile, pour ne point parler de la liberté poli- « tique? »

Pour celle-ci, mon cher collègue, je souscris de grand cœur à l'éloge de l'Angleterre. Mais, à l'égard de la liberté civile, je fais des réserves. Est-ce une loi libérale que celle qui défend à la femme de tester sans l'autorisation de son mari [1]? Et les substitutions! Ne détruisent-elles pas, pour une ou plusieurs générations, une des premières libertés, celle de la propriété?

Vous distinguez aussi parmi les institutions anglaises. Vous rejetez la liberté la plus voisine de celle des prodigues, le libre droit de tester; vous n'accordez même pas l'augmentation de la quotité disponible. J'en avais fait la remarque (tome XXIX, p. 160). Vous ne vous y êtes point arrêté. — Il est vrai que, pour vous, il n'y a pas de lien entre la réserve et l'interdiction du prodigue. Je reviendrai sur ce dernier point.

Convenez, du moins, qu'il est plus facile d'abolir le conseil judiciaire dans un pays qui admet les substitutions de la manière la plus large que dans celui qui les restreint de la façon la plus étroite. Cambacérès constatait que, dans l'ancienne France, on demandait rarement l'interdiction des prodigues « parce qu'il y avait, pour les lier, d'autres moyens qui n'existent plus, comme l'exhérédation et les *substitutions*. » (Fenet, t. X, p. 692.)

Mais je peux attaquer de front l'objection que la pratique anglaise vous a fournie contre la loi française ; je puis montrer que, pour introduire dans le Code le système de nos voi-

[1] Sauf stipulation contraire dans le contrat de mariage..... — Compar. *De Saint-Joseph*, t. II, p. 250, n° 499, et p. 270, n° 722 (2e édition).

Digitized by Google

sins, il faudrait remplacer l'article 513 par une disposition que vous ne sauriez admettre.

Un mot d'abord de l'usage anglais. Je l'indique d'après l'ouvrage de Blaxland [1] et, surtout, d'après une lettre écrite, récemment, par un homme de longue expérience, solicitor près de la cour qui connaît de ces affaires : En Angleterre, on ne prend aucune mesure préventive à l'égard du prodigue. Mais, après coup, sur la demande du prodigue, la cour d'équité annule le contrat à ces deux conditions, que la cour soit édifiée sur la position, le caractère, la réputation des parties, et qu'il lui soit prouvé que, d'un côté, il y a eu imprévoyance et sottise, et, de l'autre, excès d'habileté, déloyauté ou fraude. Le défendeur n'est condamné aux frais que si la fraude est grave (*in bad cases*). Il y a donc, hors ces cas, restitution du prodigue par faveur ou protection. — Les décisions dépendent des circonstances particulières de chaque espèce. Les recueils des arrêts de la cour (*the equity reports*) *sont remplis de ces affaires.* Il y en a de toutes nuances, de toutes couleurs, de toute importance [2].

La cour d'équité tient compte, dans une certaine mesure, de

[1] « *Of Spendthrifts. — Sic utere tuo ut alienum non lædas,* is the only restriction our laws have given with regard to economical prudence; and when on an inquest of idiocy a man has been returned an unthrift, and not an idiot, no further proceedings can be had. The commission of lunacy is not, however, confined to strict insanity, but is applicable to cases of imbecility of mind, to the extent of incapacity from any cause as disease, age, or habitual intoxication; and courts of equity *watch narrowly* contracts made with youngs persons *engaged in a course of dissipation,* in order to obtain their property or expectancies at an inferior value. » *Codex legum anglicanarum...* London, 1839, p. 321. — *Junge Concordance entre les Codes civils étrangers,* etc., t. II, p. 231. M. Saint-Joseph cite Coke, ce qui prouve que la pratique anglaise remonte au moins jusqu'au commencement du XVIIe siècle.

[2] « While the prodigal is ostensibly sane, however foolish or misguided he may have been, the law never interferes. — But, as soon any act is done, then Equity will, on the application of the prodigal himself, and on evidence of the position and character of the parties and that the transaction was improvident and silly an the one hand, and over-reaching, or unfair, or fraudulent, on the other hand, interfere and cancel the bargain, and in bad cases make the buyer pay the costs. — Every case of this kind depends on its own peculiar circumstances. The Equity Reports are filled with them. They are of all shades, colors, and sizes... » London, 27th April 1867.

Digitized by Google

la prodigalité; elle déclare nuls, en faveur des dissipateurs, des contrats qu'elle maintiendrait si la prodigalité du demandeur ne s'était rencontrée avec la trop grande habileté ou la fraude du défendeur. C'est mettre le prodigue hors du droit commun que de juger les actes qu'il a faits d'après une règle qui lui est particulière[1].

Vous dites : « Cette manière d'agir (celle de la cour d'é-« quité) est irréprochable : proclamer la liberté de contracter, « assurer l'exécution des contrats et annuler ou réduire ceux « qui sont entachés de dol, de fraude, d'erreur, de tromperie, « d'abus d'influence *telle est la véritable règle.* » — Hé bien, mon cher collègue, pour avoir en France cette véritable règle, il ne faut pas abolir purement le conseil judiciaire, il faut substituer à l'article 513 une disposition ainsi conçue : « Les actes faits par *les prodigues* pourront être annulés lors qu'ils seront entachés de dol, de fraude, d'erreur, de tromperie, d'abus d'influence. »

En effet, sous peine de suspendre une menace de rescision sur tous les contrats, il est impossible de retrancher de l'article 1110 les restrictions mises par ce texte au vice d'erreur, et de placer l'abus d'influence à côté du dol dans l'article 1116. Que faire donc pour naturaliser le système anglais? Consacrer aux prodigues une disposition spéciale. Mais alors, les juges seront encore appelés à reconnaître la prodigalité, ce qui d'après vous, prête à l'arbitraire; ils mentionneront dans les jugements, d'une part, la trop grande habileté du défendeur, de l'autre, la prodigalité du demandeur, ce qui frappera ce dernier d'une certaine marque judiciaire[2].

Vous direz : Tant pis pour les prodigues qui demanderont la nullité de leurs engagements. — Soit. — Mais s'ils ne la demandent pas lorsqu'ils auront été victimes « d'erreur ou d'abus d'influence », ils demeureront injustement dépouillés de leurs biens. Le résultat ne sera pas irréprochable.

[1] Il faut, remarquait un Anglais fort instruit, que, dans certains cas, la prodigalité altère essentiellement la volonté pour que, dans un pays où la loi se tait, où règne la maxime *sic utere tuo ut alterum non lædas*, les contrats faits par les prodigues soient, en partie comme tels, fréquemment annulés.

[2] « Comme il est prouvé par un jugement (l'autorité de la chose jugée est « si grande!) que ce jeune homme s'est dérangé gravement, on se servira « contre lui de *cette marque judiciaire.* » (Ci-dessus, p. 223.)

Digitized by Google

A propos de ce passage de votre mémoire : « Je comprends « qu'on accorde aux tribunaux le pouvoir de réduire des en- « gagements excessifs, » j'ai montré que la liberté du prodigue ne sera complète que si la loi ne fait, en ce qui le concerne, aucune exception au droit commun. (T. XXIX, p. 149.) Vous ne répondez pas à l'objection, et vous approuvez le système anglais. L'objection se représente; car la faculté d'annuler les contrats des prodigues diminue le crédit de ces derniers, et, par suite, restreint leur liberté.

J'ajoute que la Cour d'équité est une pièce essentielle du système anglais. Or vous ne pouvez songer à introduire en France cette juridiction; votre maxime favorite *optima lex quæ minimum judici* s'y oppose absolument.

Après avoir combattu l'autorité de la tradition et de presque toutes les législations contemporaines, vous avez attaqué, mon cher collègue, le fondement que j'avais trouvé, pour l'article 513, dans un devoir de la société! Vous m'écrivez : « C'est « lorsque la puissance publique opprime de la sorte un homme « intelligent que, selon vous, elle remplit *un devoir de charité*. « Ah! Dieu nous garde de cette charité, et que plutôt il nous « fasse la grâce de l'indifférence et de l'abstention. » — « Si « nous voulions empêcher tout ce qui sera regretté, *ce que vous « appelez le devoir de charité de l'État,* nous conduirait fort « loin. Encore, si ce devoir était toujours bien rempli, le « mal serait tolérable. Ce qui est dangereux (et pour cette « raison je combats l'article 513 du Code Napoléon), c'est que « le bien et le mal étant très-rapprochés, les tribunaux, quelque « sages qu'ils soient, peuvent, avec les meilleures intentions, « empêcher beaucoup de bien, sous prétexte d'empêcher un « peu de mal. » (*Loc. cit.*, p. 226 et 229.)

Malgré l'ironie que vous employez ici contre « le devoir de charité de l'État », je ne pense pas que vous contestiez d'une manière absolue l'existence de ce devoir. Vous accordez apparemment que la société doit protéger les personnes que leur âge, leurs infirmités physiques ou la faiblesse de leur raison laissent à la merci de la cupidité et de toutes les mauvaises passions; vous admettez que le devoir de charité est la base des articles 499 et 502 du Code civil. « Nulle part, avez- « vous dit, je n'ai combattu les mesures prises pour *protéger*

Digitized by Google

« ceux dont l'esprit est dérangé. » (Ci-dessus, p. 222)[1].

Nier le devoir, pour la société, de protection ou de charité, ce serait rétrograder à l'état de choses antérieur à 1789. On ne « songeait alors *qu'aux dangers* dont l'insensé furieux pou- « vait menacer la sûreté publique; on ne s'était point occupé « de *la protection* qui était due au malheur dans la personne « de l'aliéné et des conditions nécessaires à son traitement.» *Exposé des motifs de la loi* de 1838 ; Duvergier, *Collection des lois*, t. XXXVIII, p. 491 notes).

Vous-même, vous avez combattu avec élévation, dans votre Cours d'économie politique, les objections que plusieurs économistes adressent à la bienfaisance publique (40e leçon). La bienfaisance n'est-elle pas de la charité?

Il faut donc conclure de l'ironie de votre lettre, non pas que vous bannissez de la loi *la charité*, mais que l'application de ce devoir à la faiblesse, à la passion, au sophisme du prodigue vous paraît déraisonnable. Cependant, vous trouvez bon qu'on annule ou qu'on réduise les contrats qui sont entachés de dol, de fraude, d'erreur, de tromperie, d'abus d'influence : cela signifie, comme je l'ai montré, protection des prodigues *à posteriori*.

Sans parler de charité, la justice permet-elle d'abandonner les prodigues?

« C'est un tel lièvre, a dit Shakspeare, qu'une folle jeunesse pour s'élancer par dessus les filets du bon sens. » Est-il juste que les affaires les plus ruineuses puissent se conclure irrévocablement entre la folle jeunesse et les hommes trop habiles qui tirent profit de ses passions? — Non. — Et c'est pour cela que la cour d'équité réduit ou annule certains actes des prodigues. La loi française va plus loin : elle n'exige pas la preuve, dans chaque espèce, de l'erreur, de l'abus d'influence

[1] Le traité de Meslé commence ainsi : « La tutelle ou la curatelle *est un secours dû* à celui qui ayant du bien n'est pas capable de le gouverner, ni peut-être même de gouverner ni son bien ni sa personne. » — Compar. M. de Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, t. I, p. 444 (sur l'article 513) : « Il est encore du devoir de la société de protéger les citoyens contre eux-mêmes : ce principe est la base des lois sur les tutelles et sur l'interdiction de l'homme en démence; mais le prodigue, victime des passions qui causent ses excès, appelle aussi la protection des lois. » — Portalis s'était exprimé dans le même sens et dans les mêmes termes. (*Discussion de l'article* 513, Fenet, t. X, p. 690, 691.)

Digitized by Google

ou de la fraude; elle établit une présomption d'incapacité. Cela n'a rien d'étrange; cette preuve serait souvent difficile. La fraude, notamment, n'est-elle pas « ingénieuse pour se dissimuler comme elle est audacieuse pour agir? » (Compar. *Mémoire*, t. XXVIII, p. 152.)

Quel que soit, au surplus, le mot à employer : *charité*, *protection* ou *justice*, à vous entendre, l'article 513 n'aurait pas atteint son but d'humanité. Vous vous écriez : « Ah! mon cher « collègue, quelle cruelle protection vous accordez à ce jeune « homme! Mais la nomination d'un conseil judiciaire le perd « à jamais... » — J'ai montré déjà que cet argument n'est pas justifié par les faits. — « Vous citez l'exemple de ce « jeune homme de grand nom..... Eh bien! cet exemple « tourne contre vous..... Ce jeune homme, en mourant, ne « s'est pas borné à exhéréder ses parents; il a voulu que le « testament portât la mention formelle du ressentiment..... « Entre le fils qui a vécu dans le désordre et le père que cette « inconduite a tourmenté, la réconciliation se fait au premier « repentir; mais il y a un abîme entre les deux, si le père a « poussé la rigueur jusqu'à la poursuite en nomination d'un « conseil judiciaire..... »

J'ai une meilleure opinion des jeunes gens qui nous occupent : je crois que la plupart conservent, dans le désordre, deux sentiments qui l'emporteront sur l'orgueil, si l'on sait y faire appel : la justice et un fond de respect et d'affection pour leur père et pour leur mère.

L'expérience prouve que le plus grand nombre des hommes, même des moins bons, comprennent, lorsqu'ils sont en faute, que la loi les frappe, pourvu que la loi soit juste et qu'elle soit justement appliquée. Le fils se révoltera d'abord contre la rigueur dont il est l'objet; mais, le temps marchant, il sentira que son père, qui avait épuisé toutes les ressources du reproche et même de la prière, ne pouvait se rendre responsable, par faiblesse, d'une ruine définitive. Au besoin, un ami — les jeunes gens ont cette franchise — saura dire au fils révolté : Ton père a fait ce que tu aurais fait à sa place.

La justice ne sera pas seule à combattre l'orgueil. Les jeunes gens qui « persévèrent dans leur folle conduite pour se venger « de leur famille »[1] n'ont pas de cœur; ils sont — le mot est

[1] « Soyez sûr que parmi les vingt-quatre jeunes gens qui dans une de nos

Digitized by Google

dur mais vrai — de mauvais fils. Dieu merci, les mauvais fils sont rares, et la loi ne peut être faite en vue des exceptions.

Chez le plus grand nombre des jeunes dissipateurs, il reste du respect, de l'affection pour leur père, pour leur mère, pour leurs vieux parents, de la tendresse pour un frère, pour une sœur. C'est une corde qui vibrera d'un instant à l'autre, et fera taire la détestable rancune dont vous parlez. Si quelqu'un sait leur dire avec le noble Silvio : Ces têtes blanches dormiront bientôt dans la tombe! Ah! tandis que vous avez le bonheur de les voir, honorez-les, et cherchez-leur des consolations aux maux de la vieillesse..., j'ai la confiance que l'abîme qui s'est creusé, selon vous, sera franchi, et que le fils, je ne dirai pas se réconciliera, mais demandera le pardon qui ne lui sera pas refusé.

Il ne faut, dit Voltaire en terminant *l'enfant prodigue*,

Désespérer jamais de la jeunesse.

Vous parlez d'une cause célèbre : « Personne ne peut affir-« mer que ce jeune homme, qui est mort à trente-deux ans « d'une phtisie aggravée par les excès, ne serait pas encore en « vie, si on ne lui avait pas, en le frappant d'une tache inef-« façable, fermé le retour à la carrière de son choix. » — Je crois que le retour n'était pas fermé, je l'ai dit plus haut.

Permettez-moi, sur cet exemple, deux autres observations :

Une famille s'expose au ressentiment du prodigue, surtout dans votre opinion, en lui faisant donner un conseil judiciaire. Le prodigue pourra déshériter ceux de ses parents qui n'auront pas de réserve. Il y a quelque courage à faire son devoir en pareil cas;

L'homme dont nous parlons avait l'âme haute. Ses derniers moments en ont donné la preuve : il a voulu mourir en chrétien [1]. Hé bien, je dis à mon tour : Personne ne peut affirmer que, si la mort l'eût épargné, ce prodigue n'aurait

« villes de commerce ont été pourvus d'un conseil judiciaire, du 31 juil-« let 1862 au mois d'août 1864, il y en a plus d'un qui a conçu de la rancune « contre les parents dont l'initiative a fait prendre cette mesure. Quelques-« uns même persévèrent dans leur folle conduite pour se venger de leur « famille. » (*Suprà*, p. 223.)

[1] « Ce qu'un Gramont veut faire il le fait, sans prendre l'avis et sans craindre les railleries de personne. » (Cité par M. Valette, *Consultation dans l'affaire du duc de Gramont-Caderousse*, p. 5.)

Digitized by Google

pas changé de conduite et ne se fût pas rapproché de sa famille. Ce serait se montrer sévère envers sa mémoire, relevée cependant par sa mort virile et pieuse, que de ne pas présumer son retour au bien. Or le bien pour lui, c'était la fin du désordre et la réconciliation avec ses oncles.

Vous ne voulez, mon cher collègue, défendre contre la prodigalité par une demi-interdiction, ni les jeunes gens, dont nous venons de parler, ni les familles dont le chef court à la misère par la voie des dépenses insensées.

J'ai démontré — peut-être, n'était-ce pas nécessaire — que, du moins, la loi ne doit pas laisser la femme et les enfants du prodigue sans protection efficace contre le mépris des devoirs les plus sacrés. (T. XXIX, p. 146.)

« Vos raisons me toucheraient, m'écrivez vous, s'il n'y avait « une contre-partie aux hypothèses que vous imaginez. Cet « homme passionné peut être un homme fort intelligent, très- « entendu en affaires et aussi capable de faire une fortune, « que de la défaire. L'alliance du bien avec le mal dans le « même homme n'est pas chose rare; souvent, au contraire, « il arrive que l'exubérance des passions tient à une force de « nature dont l'intelligence tire sa part. Si le prodigue veut, « par une entreprise, relever sa fortune, le conseil judiciaire « l'arrêtera, car presque toujours, les tribunaux choisiront un « homme très-réservé, prudent, timide, qui prendra en pitié « les projets de la pauvre tête confiée à son assistance[1]. Le « prodigue aurait peut-être fait une grosse fortune si son conseil « ne lui avait pas barré le chemin; sa famille, qui aurait grandi « par sa hardiesse, végétera sur les débris de sa fortune, et « ceux que la justice a cru sauver de la ruine ont, en réalité, « été empêchés d'arriver à l'opulence. » (Ci-dessus, p. 224 et 225.)

Les présomptions s'établissent *de eo quod plerumque fit*. Un prodigue faisant la fortune de sa famille! Je ne dis pas que cela soit impossible — « le possible est immense » — mais j'excuserais un législateur de n'y avoir pas songé.

[1] D'après la doctrine et la jurisprudence, la personne pourvue d'un conseil judiciaire est admise à prouver en justice que l'assistance lui est abusivement refusée par son Conseil. (Voy. t. XXIX, p. 129.)

Digitized by Google

Cependant, vous rappelez un exemple fameux : ... « Jugés « au point de vue du succès, les actes qui passent pour sages « ne sont pas toujours les meilleurs. César fut un prodigue, « mais il arriva au pouvoir souverain, et les historiens disent « qu'il se servit, pour sa fortune politique, des nombreux « créanciers qu'il avait intéressés à son triomphe. » Funeste exemple, si l'on rejette avec vous et avec moi la maxime que *la fin justifie les moyens.*

Vous ajoutez : « Aurjez-vous trouvé bon qu'un prêteur, d'un « esprit borné, lui eût dit, suivant la formule : « *Quando* « *bona*.....? » Si pareille mesure avait été prise, la postérité « rirait encore du magistrat qui aurait cru faire acte de sa- « gesse pour la famille de cet audacieux prodigue. Un prêteur, « cependant, aurait eu le droit d'agir ainsi, s'il lui avait pris « fantaisie de comprendre à sa manière les intérêts de Cé- « sar... » Si le prêteur eût arrêté l'essor de César, la postérité ne connaîtrait pas le vainqueur de Pompée et le maître de Rome. Mais — telle est, sans doute, votre pensée — l'interdiction eût été un trop mince filet pour arrêter César. Le marquis de Mirabeau a fait interdire son fils pour prodigalité [1]; le hardi prodigue n'en est pas moins devenu notre plus grand orateur politique. En d'autres temps il eût été ministre; sa famille eût profité de son talent malgré l'interdiction. L'exemple du prêteur qui pouvait comprendre à sa manière les intérêts de César, n'a donc rien d'effrayant.

Vous dites encore : « Le père a le droit de se ruiner, et il a « cent mille manières de le faire. Les enfants n'ont de « réserve que sur la succession, à l'égard seulement des « donataires et légataires. » La réserve n'a d'autre fondement, dans le Code civil, que la dette alimentaire. « La « preuve en est que, d'après notre loi, ceux-là seulement ont « droit à la réserve qui peuvent réclamer des aliments. Ainsi « les frères et sœurs, malgré la proximité du degré de parenté, « n'ont droit ni à la réserve ni à la dette alimentaire. Donc il y « a, d'après la loi, corrélation entre ces deux idées.... Je con- « clus, de ce qui précède, que la réserve, comme la dette ali- « mentaire, n'est due que suivant la fortune du débiteur..... « *Aucune obligation légale ne force les parents à garder des*

[1] *Biographie universelle*, t. XXVIII, p. 359.

Digitized by Google

« *biens ni pour payer la dette alimentaire, ni pour transmettre* « *une réserve.* C'est pour cela que je n'admets pas la distinction « entre les prodigues ayant des ascendants ou descendants et « ceux qui n'en ont pas. » (Ci-dessus, p. 227, 228.)

Aucune obligation *légale* ne force les parents à garder des biens ni pour acquitter la dette alimentaire ni pour transmettre une réserve!

Que faites-vous donc, mon cher collègue, des articles 513 et 913? — Ce n'est en aucune façon obliger quelqu'un à garder ses biens pour remplir ses obligations, que de l'empêcher de les aliéner sans l'assistance d'un conseil, que de réduire les libéralités qu'il a faites, lorsqu'elles excèdent la quotité disponible? Autant dire que le donateur qui a fait une institution contractuelle, ne s'est pas obligé vis-à-vis du donataire [1]. Ce qui est vrai, c'est que le propriétaire qui a des héritiers à réserve, comme celui qui a fait une institution contractuelle, conserve le droit absolu de tranformer sa fortune même par la spéculation, même par la vente à fonds perdu. Les barrières s'élèvent, la première sous le nom de *conseil judiciaire*, lorsque le propriétaire « ne connaît que le gaspillage, la profusion et le désordre [2] »; la seconde sous le nom de réserve, lorsque, « au lieu du sentiment qui porte à conserver, c'est un sentiment de destruction et de désorganisation qui a dicté la volonté du donateur ou du testateur [3]. »

Nous pouvons, mon cher collègue, discuter la légitimité des articles 513 et 913, mais nous ne pouvons méconnaître ni l'insertion de ces textes dans la loi, ni le lien, qui, selon les travaux préparatoires, rattachent la dette alimentaire et la réserve à l'incapacité légale du prodigue.

« La faculté de provoquer l'interdiction du prodigue, disait M. de Maleville, devrait être réservée à ceux à qui les dissipa-

[1] Compar. M. Demolombe, *Traité des donations*, t. VI, n° 310 *in fine :* « Le principe est le même, en effet, dans les deux cas, à savoir : qu'à l'égard de l'institué contractuel, de même qu'à l'égard de l'héritier réservataire, le bien aliéné à titre gratuit est réputé n'être pas sorti du patrimoine du *de cujus;* c'est-à-dire que le droit de propriété du *de cujus*, qui reste libre en ce qui concerne les aliénations à titre onéreux, se trouve restreint, dans son exercice, en ce qui concerne les dispositions à titre gratuit. »

[2] Fenet, t. X, p. 728; *Rapport* du Tribunat sur le titre *de l'Interdiction.*

[3] Fenet, t. XII, p. 512. — *Exposé des motifs* du titre *des Donations et Testaments.*

Digitized by Google

tions du prodigue peuvent occasionner des pertes : or tels sont évidemment ceux que les lois obligent à lui fournir des aliments lorsqu'il aura dissipé son bien ; *tels sont encore ses enfants, auxquels il doit des moyens d'exister puisqu'il leur a donné la vie.* » — Cette interdiction, d'après l'orateur du Tribunat, « est d'une rigoureuse justice, car la loi est l'ennemie du désordre : elle doit donc veiller pour le prodigue qui ne surveille rien et absorbe tout. *Elle doit veiller particulièrement pour sa femme et ses enfants, auxquels il doit au moins des aliments*[1]. »

Arrivé là, je n'ai pas besoin d'examiner si la réserve ne peut avoir pour fondement, comme vous le prétendez, que la copropriété de la famille avec le père ou la dette alimentaire, si cette dernière base n'est pas beaucoup trop étroite ; si la loi (sans admettre la copropriété) n'a pas voulu défendre l'ascendant ou l'enfant donateur ou testateur contre lui-même, contre sa faiblesse ou contre sa passion[2] ; si la loi n'a pas entendu que « chaque enfant eût une quotité de biens suffisante pour qu'il ne perdît pas l'état dans lequel l'ont placé les auteurs de ses jours[3] » ; si, dans votre doctrine, on peut expliquer comment le père adoptif et (d'après la jurisprudence) le père naturel n'ont pas de réserve, comment la réserve ne peut être déclarée insaisissable, même par un ascendant, tandis que la créance alimentaire ne peut être saisie[4].

[1] Fenet, t. X, p. 684 et 729. — *Junge* les observations des tribunaux, que j'ai citées dans mon premier travail, *Revue critique*, t. XXIX, p. 164 : « Si, en général, disait le tribunal de Dijon, la prodigalité n'était pas un motif suffisant d'interdiction, elle devrait au moins l'être quand le prodigue est en même temps époux et père. »

[2] « Comme il est dans la nature de l'homme d'être accessible aux prédilections, aux préventions, à la haine et à une foule de passions déréglées, la loi doit s'interposer même entre le père et les enfants, parce que dans ce cas l'inflexibilité de la loi a moins d'inconvénients que l'arbitraire de l'homme. » Fenet, t. XII, p. 287. — Rossi disait : Le père qui dépouille ses enfants est l'ami de Tartufe ou le mari de Béline. — Il faut repousser « comme insensée ou impie » la volonté du père qui déshériterait ses enfants. M. Troplong, *De la propriété d'après le Code civil*, chap. 31.

[3] *Exposé des motifs* de la réserve, Fenet, t. XII. p. 525. — *Junge* M. Demolombe, *Traité des donations*, t. I, nos 6 et 7 ; t. II, no 2.

[4] Compar. M. Demolombe, *Traité des donations*, t. V, no 96. L'éminent jurisconsulte signale une clause imaginée par un père pour assurer, au moyen *de la quotité disponible*, une rente viagère incessible et insaisissable à son fils faible d'esprit ou dissipateur.

Digitized by Google

Peut-être, encore, serait-il difficile de concilier votre thèse sur le fondement de la réserve et votre proposition d'abroger la loi qui défend de faire des traités sur succession future même avec le consentement du *de cujus* (*Mémoire*, t. XXVIII, p. 147). Permettre au futur héritier à réserve de faire des pactes sur un droit alimentaire, ce serait très-grave! — Vous pourriez, il est vrai, maintenir l'article 1130 pour la réserve. Mais vous défendriez alors des actes qui ne sont pas *absolument mauvais!*

Dans votre théorie, qui n'est pas celle du Code, le père aurait le droit inviolable de se mettre, par la prodigalité, hors d'état de nourrir ses enfants. Un pareil droit me semble absolument contraire à la loi naturelle.

Sous un autre point de vue, les travaux préparatoires établissent un lien étroit entre la dette alimentaire et le conseil judiciaire. « Peut-on m'astreindre à voir tranquillement, sous mes yeux, mon parent dissiper sa fortune et se réduire, sans que je puisse l'empêcher, à l'extrémité du besoin, pour qu'ensuite je sois obligé, aux dépens de mon aisance, à réparer son inconduite? Non, assurément[1]. »

Je n'avais pas, d'ailleurs, adopté la distinction entre le prodigue qui a de proches parents et celui qui n'en a pas (t. XXIX, p. 148). Notre honorable collègue, M. Boissonade, a proposé contre cette distinction, un argument qui me confirmerait, au besoin, dans le système du Code: Avec le principe de la distinction, un prodigue pourrait se voir alternativement et plusieurs fois dans sa vie, incapable et capable, « et pourtant sans résipiscence, mais uniquement » parce qu'il aurait perdu ses ascendants, puis aurait eu des enfants qu'il aurait ensuite perdus (t. XXIX, p. 176).

Après la justification de l'article 513 par le devoir de protection ou de charité, j'ai montré que l'*intérêt général* défend d'abroger cette disposition. J'ai signalé, rapidement, le mal économique que produit la prodigalité et que reconnaît votre cours d'économie politique; le dommage pour la société d'a-

[1] *Observation* du tribunal de Paris, qui, cependant, n'était pas favorable, en principe, à l'interdiction des prodigues. Fenet, t. V, p. 203. — « Si le demandeur en aliments est un prodigue, faites lui nommer un conseil judiciaire! » M. Demolombe, t. IV, n° 55.

Digitized by Google

voir à sa charge le prodigue ruiné ; le danger que la misère et la dégradation ne fassent du débauché un homme de troubles publics (Voy. t. XXIX, p. 157); j'ai, de plus, développé ces deux considérations :

Ce sont les prodigues qui affichent surtout le luxe extravagant qui, suivant vous, conduit une société à la décadence morale; dès lors, le moment n'est pas opportun pour demander l'abrogation de l'article 513;

La suppression du conseil judiciaire désarmerait l'autorité paternelle ; il ne resterait guère que le frein purement moral du respect ; aujourd'hui, cela serait insuffisant.

Dans votre réponse, vous ne vous arrêtez point au mal économique. — Vous dites : Si le prodigue peut être un homme dangereux, il peut devenir un homme utile ; s'il peut tomber à la charge de la société, le besoin peut le forcer à travailler, « avec un jugement qui lui conserve le moyen de vivre « sur ses revenus dans l'oisiveté ou la débauche, *il n'y a pas* « *à espérer* qu'il se relève de sa déchéance. » (*Loc. cit.*, p. 230.)

Les mainlevées, prononcées en assez grand nombre, prouvent que la protection n'empêche pas le prodigue de se corriger. Le système de l'amendement par l'abandon me paraît très-dur. (Voy. t. XXIX, p. 156.)

Vous touchez, peut-être, le danger d'affaiblir l'autorité paternelle en disant que la nomination d'un conseil rend le fils irréconciliable avec le père. J'ai répondu sur ce dernier point. Je crois que mon objection subsiste. (Voy. t. XXIX, p. 135.)

Remarquez que la suppression de l'article 513 détruirait le plan auquel se sont arrêtés les auteurs du Code après un mûr examen. Ils ont définitivement écarté la *disposition officieuse*, parce qu'elle aurait fait double emploi avec la nomination du conseil judiciaire [1].

[1] « M. Bérenger dit que, puisque la loi autorise l'interdiction du dissipateur, il n'est pas nécessaire que ce père la prononce par son testament; on peut donc supprimer la disposition officieuse. » Fenet, t. XII, p. 271 *in fine*. — *Junge* M. Berlier, *loc. cit.*, p. 274. — La disposition officieuse devait protéger le prodigue lui-même, et non pas seulement ses enfants, comme le fait la substitution officieuse. Le projet sur la disposition officieuse portait : « L'usufruit laissé à l'enfant pourra être saisi par les créanciers qui lui auront fourni des aliments depuis sa jouissance. — Les autres créanciers, soit antérieurs, soit postérieurs à l'ouverture de cette jouissance, ne pourront saisir l'usufruit que dans le cas où il excéderait ce qui

Digitized by Google

Si le père ne peut plus menacer son fils dissipateur ni de la demi-interdiction ni de la disposition officieuse, quelle ressource lui restera-t-il ? Déclarer qu'il privera le prodigue de la quotité disponible? — Mais le fils craindra d'autant moins la réalisation de cette menace que le cœur du père se résout bien difficilement à cette extrémité et que l'exhérédation n'est pas un moyen d'assurer du pain au prodigue et à ses enfants.

Bien loin de réduire le dissipateur à sa réserve, le père, s'il n'a pas une fortune considérable, se verra forcé, pour assurer l'avenir des petits-enfants de cette branche, de léguer, avec substitution officieuse, toute la quotité disponible à son fils le mauvais sujet. « Il arrive ainsi que la dissipation et la prodigalité peuvent devenir des titres à la libéralité des père et mère! » (M. Demolombe, t. VI, n° 288.)

Votre lettre, mon cher collègue, passe absolument sous silence les folies du luxe et, par suite, l'intérêt social, que j'avais signalé, de réprimer le funeste exemple donné par le prodigue.

En revanche, vous insistez beaucoup sur le préjudice que la société souffre de ce que l'on peut arrêter dans leur essor « les prodigues qui se ruinent comme hommes à projets. »

J'ai déjà répondu que ces *hommes à projets* ne sont pas des prodigues, et vous me donnez raison par cette phrase : « Il serait contraire à l'intérêt général de les entraver dans le *noble usage* qu'ils font de leur fortune. » — Me tromperais-je? — Il me semble que si notre époque souffre de quelque mal particulier, ce n'est pas de la compression du génie. Galilée ne dirait pas, de nos jours :

On traque étroitement. . . . . .
L'homme qui, travaillant à la grandeur humaine,
Veut de l'intelligence agrandir le domaine.
. . . . . .

Poursuivant l'examen des inconvénients de l'article 513 et des principes qui, suivant moi, lui servent de base, vous dites : « Il faudrait, comme conséquence dernière, donner un conseil « judiciaire aux chrétiens généreux qui se ruinent par cha- « rité! » Et plus haut : « Sans doute vous appelleriez la société « à remplir son devoir de charité envers ce *prodigue* angé- « lique... »

peut convenablement suffire à la subsistance de l'usufruitier. » Art. 23; Fenet, t. X, p. 509.

Digitized by Google

N'est-ce pas encore, mon cher collègue, confondre avec le prodigue celui qui ne l'est pas? Vous oubliez, de plus, que mon principe est la liberté et que je me borne à défendre contre vous l'article 513.

Interdire saint Vincent de Paul! Traiter la vertu sublime comme le vice[1]! Telle est la logique que vous voulez bien me prêter. Permettez-moi de rester fidèle à celle qui vous a fait dire — là nous sommes d'accord — : Une dérogation ne saurait en justifier une autre.

Mais un chrétien généreux peut, dans ses charités, oublier qu'il a femme et enfants!

L'hypothèse me paraîtrait chimérique. Un père, sain d'esprit, ne fait pas mourir de faim sa femme et ses enfants, pour nourrir les pauvres. L'oubli de l'un des plus saints devoirs ne se concilie pas avec une âme « angélique. »

Vous dites encore : « Le prodigue peut être empêché, par « son conseil judiciaire, de refaire sa fortune en mettant ce « qui lui reste dans une entreprise. — Le pouvoir d'apprécia- « tion donné aux tribunaux, en ce cas, est contraire à la « maxime *optima lex quæ minimum judici.* Ce qui paraît sage « au plus grand nombre n'est pas toujours le meilleur parti à « prendre. »

La maxime *optima lex...* doit être suivie par le législateur dans tous les cas où il peut laisser la décision à la partie intéressée, ou, du moins, décider lui-même. Mais le respect serait de la superstition si la crainte de déroger à la maxime empêchait de suppléer, par l'appréciation des juges, à la volonté nulle ou insuffisante de la partie.

Un mari refuse son autorisation, ne faut-il pas que la femme puisse recourir au tribunal et que le juge décide si la volonté de la femme est sage ou ne l'est pas? Le tuteur et le conseil de famille veulent aliéner un immeuble du mineur ou de l'interdit, ils veulent contracter un emprunt, n'est-il pas bon que le tribunal ait le pouvoir d'homologuer ou de ne pas homologuer, c'est-à-dire, d'apprécier? Une personne est absente, il y a lieu, pensent les envoyés en possession provisoire, de vendre ou d'hypothéquer un immeuble, ne faut-il pas exiger le contrôle du juge, c'est-à-dire, son appréciation? etc., etc.

[1] « Toutes les nations policées ont regardé les prodigues comme entachés d'un vice honteux et répréhensible. » M. Tarrible. — Fenet, t. X, p. 736.

Digitized by Google

Vous m'arrêtez : Il faut bien, dans ces cas, que le tribunal apprécie! Le propriétaire est incapable ou il est absent!

C'est vrai. — Mais sont-ils capables ceux dont la volonté est, suivant Boullenois, dépravée et mal ordonnée; ceux que d'Argentré appelait, d'après la tradition, *profligatores*, *conturbatores*, *decoctores patrimonii*, homines nequam (quos) una vox Latinis PRODIGI, Græcis ἀσωτου exæquat?

M. Tronchet allait trop loin quand il disait : « Celui-là est certainement privé de la raison, qui se réduit à la misère par le jeu et par la débauche. » Mais ce dissipateur — il a fait ses preuves — manque, pour le moins, de jugement ou de volonté; il y a donc infiniment plus de chances pour que son conseil le préserve, par un refus, d'une ruine complète, qu'il n'y en a pour qu'il l'empêche de refaire sa fortune [1]. — Direz-vous des conseils ce que vous avez dit des juges : « Les qualités des « juges ne peuvent être affirmées que *in concreto*, c'est-à-dire, « à la condition de connaître les personnes. Remarquez, je « vous prie, qu'il suffit que j'en trouve un seul qui m'opprime « pour que la bonté de tous les autres soit à mes yeux chose « indifférente? » (Ci-dessus, p. 226.)

Hélas! mon cher collègue, les qualités des pères eux-mêmes ne peuvent être affirmées que *in concreto*. Il suffit qu'il s'en trouve un qui empêche son fils de faire à vingt-trois ans un mariage excellent à tous égards pour que la bonté des autres pères soit indifférente à ce fils opprimé.

Presque toujours les juges sauront nommer un conseil qui n'empêchera que les actes déraisonnables; presque toujours ils sauront remplacer, si le prodigue le demande, un conseil borné par un conseil intelligent, un conseil trop timide par un conseil sage. Je dis : presque toujours, parce que je ne crois pas plus à l'infaillibilité des juges qu'à celle des pères. « ... Le grand art du législateur consiste à découvrir, non ce qui est d'une perfection absolue, mais ce qui a les moindres imperfections [2]. »

[1] Ce n'est pas le lieu d'examiner si l'assistance du conseil peut être suppléée par l'autorisation de la justice, ou si le tribunal doit simplement nommer, s'il y a lieu, un autre conseil. Comparez M. Demolombe, t. VIII, n° 762; — Dalloz, *Répertoire*, v° *Interdiction*, n° 304.

[2] M. Valette, *Rapport* sur la proposition Ceyras (Diminution de la quotité disponible).

Digitized by Google

Sous d'autres points de vue, tout différents, je le reconnais, de celui qui nous occupe, la maxime *optima lex quæ minimum judici* doit être suivie par le législateur avec modération.

M. Oscar de Vallée remarquait, à propos du testament de M. de Gramont, combien la présomption de l'article 909, « ce mur d'airain que la loi dresse devant le juge, » est parfois rigoureuse;

Vous préférez certainement, comme moi, la formule générale de notre article 900 sur les conditions illicites, aux énumérations des lois de 1791 et de l'an II[1].

Je crois, mon cher collègue, avoir épuisé vos objections.

Permettez moi d'ajouter, en faveur de l'article 513, une considération économique.

L'abolition du conseil judiciaire rendrait les substitutions officieuses beaucoup plus fréquentes qu'elles ne le sont aujourd'hui[2]. Une indestructible sollicitude y ferait recourir le père et le frère du dissipateur, en faveur de leurs petits-enfants et de leurs neveux. Telles seraient les représailles de la nature des choses contre votre loi. Or la circulation des biens est entravée par les substitutions plus que par la nomination d'un conseil judiciaire. — Les substitutions ont encore un inconvénient que n'a pas la demi-interdiction : le retour du prodigue à la raison ne rendra pas les biens libres entre ses mains; ce retour fera lever le conseil judiciaire. (Voyez l'exemple cité par M. Demolombe, *Donations*, t. V, n° 446 *bis*.) — Proposerait-on d'abolir aussi les substitutions officieuses?

Si j'ai prouvé ma thèse, l'article 513 est une disposition juste et utile; c'est intervertir les rôles que de présenter le prodigue comme une victime de la société; celle-ci ne fait que remplir son devoir en protégeant le dissipateur et sa famille;

[1] Voy. arrêt de rejet du 18 mars 1867 (Bernard c. Bernard); *Gaz. des tribunaux* des 18 et 19 mars.

[2] Ces substitutions sont rares. Voy. *Journal des Économistes*, t. LII (1857), p. 14. « D'après un document relevé, pour les dix dernières années, sur les *Comptes rendus* de l'administration des finances, la valeur des immeubles transmis à charge de restitution en ligne directe et collatérale n'a jamais dépassé 3 millions 1/2 par an, tandis que celle des immeubles transmis librement est souvent supérieure à 1,500 millions. » A. Legoyt.

Digitized by Google

elle ne fait qu'user de son droit en se préservant des maux qu'engendre la prodigalité.

Ma réplique est longue, mais je devais justifier, mon cher collègue, les remercîments que vous avez eu la grâce de m'adresser sur le soin que je mets à discuter vos idées.

« Notre polémique, me dites-vous en terminant votre « deuxième lettre, est vive parfois; mais faut-il se plaindre de « ce qui est le signe de la conviction? » — Loin de me plaindre, j'applaudis tout le premier à la verve de vos argumentations. Je regrette — la faute est à moi seul — d'avoir choisi, pour l'examen de votre travail, la forme d'*observations sur le mémoire*, etc. Ce mode de discussion rend le débat trop personnel; il amène un genre de polémique (un échange de lettres) où la question scientifique finirait, peut-être, par n'avoir plus la première place.

En conséquence, pour défendre le régime dotal dont vous demandez la suppression, j'insérerai dans la *Revue*, si elle veut bien accueillir mon article, une dissertation sur la légitimité du régime dotal. Vos objections seront parmi les premières et les plus fortes que j'essayerai de combattre, mais elles ne seront pas les seules auxquelles je devrai répondre. J'espère, pour la science, que vous développerez, à votre tour, les idées dont votre mémoire n'a pu présenter qu'un très-remarquable aperçu. Vous rencontrerez des adversaires qui m'ont laissé peu de chose à dire, M. Sacase, notamment, dans la savante introduction au *Traité de la dot* de Roussilhe. Le débat s'étendra, et la vérité, que nous cherchons l'un et l'autre, se dégagera plus sûrement.

Quelle que soit, au surplus, la forme de la discussion, la controverse n'altérera jamais entre nous les affectueux rapports auxquels, pour mon compte, j'attache un très-grand prix.

A. DUVERGER.

Digitized by Google

DE LA PROPRIÉTÉ DES PETITS COURS D'EAU,

Par M. J. LATREILLE, juge de paix à Castres (Tarn).

SOMMAIRE.

1. Difficultés que présente la matière des eaux.
2. Difficultés que présente surtout la question de la propriété des petits cours d'eau.
3. La solution de ces difficultés se trouve dans la jurisprudence.
4. Les arrêts, divergents en apparence, établissent, en réalité, des distinctions.
5. Ces distinctions sont au nombre de trois.

1. Il est admis que l'on peut adresser toute sorte de reproches à notre législation, à raison de la situation embarrassante et mal définie dans laquelle elle a placé les petits cours d'eau non navigables ni flottables.

Le Code Napoléon fait, à juste titre, l'admiration des jurisconsultes, mais la matière des petits cours d'eau n'a, paraît-il, aucune part à cette admiration.

M. Daviel avait écrit : « Les intérêts se sont trouvés à la gêne « dans le cadre étroit que le législateur de 1804 avait tracé en « quelques articles à ce sujet si fécond, et le mouvement so- « cial a forcé la jurisprudence à s'élargir [1]. »

M. Chauveau renchérissant est allé jusqu'à dire : « Tout le « monde reconnaît qu'il n'existe pas de législation sur les « eaux [2]. »

Le Sénat lui-même a laissé consigner ce qui suit dans le rapport de M. le comte de Casabianca relatif au Code rural : « D'après l'ordre que nous avions établi, nous devions nous « occuper du régime des eaux. Ici s'accroissaient les difficultés « de notre tâche. Lorsqu'il s'agissait du régime du sol, nous « avions pour guide le Code Napoléon, qui a si bien défini les « principes de la propriété et des contrats ruraux ; mais ce Code « renferme à peine sur les eaux quelques dispositions géné-

[1] *Traité de la lég. et de la prat. des cours d'eau*, préf., p. XI.
[2] *Essai sur le régime des eaux*, p. 7.

Digitized by Google

« rales. La refonte de la législation sur cette matière si contro-
« versée est encore à faire.

2. Or, dans cette matière des eaux, si controversée, si incertaine, si obscure, dit-on, une question surtout a le privilége de partager les auteurs et la jurisprudence : c'est celle qui concerne la propriété des petits cours d'eau non navigables ni flottables.

« On a écrit des volumes, dit M. Chauveau, pour établir « chacune des opinions », et le rapport de M. le comte de Casabianca déclare qu'il est urgent « que le législateur mani-
« feste sa volonté souveraine pour faire cesser cette situation
« ambiguë, aussi embarrassante pour l'administration que pour
« les particuliers. »

Les diverses solutions proposées se réduisent à quatre ;

La première attribue la propriété des rivières non navigables ni flottables aux riverains, et n'hésite pas à ranger dans la propriété privée de grandes rivières, comme l'Aveyron, le Gers et tant d'autres, qui ont quelquefois plus de cent mètres de largeur, et qui portent bateau, mais qui n'ont pas fait l'objet d'une déclaration de navigabilité ;

La seconde enseigne que les rivières non navigables et non flottables sont des dépendances du domaine public;

La troisième distingue entre le lit et l'eau, attribue le lit aux riverains, et déclare que l'eau courante n'appartient à personne;

La quatrième veut que les cours d'eau dont nous parlons soient *res nullius*, leur propriété n'étant donnée à personne, et leur usage étant commun à tous.

M. Demolombe, après une discussion aussi lumineuse que savante [1], se prononce pour la dernière des quatre opinions que nous venons d'énumérer.

L'un des plus illustres fondateurs de la science administrative, M. de Cormenin, a cru devoir se constituer le défenseur de la troisième, dont M. Duranton avait été en quelque sorte le promoteur, et il enseigne [2] qu'en tout cours d'eau il faut distinguer entre le lit et l'eau courante.

La plupart des auteurs se sont ralliés à la première : MM.

[1] *Traité de la distinction des biens*, t. II, nos 128 et suiv.
[2] T. III, vo *Cours d'eau*, § 3, no 36.

Digitized by Google

Troplong[1], Zachariæ[2], Marcadé[3], Pardessus[4], etc., ont conclu à la propriété privée des rivières non navigables ni flottables. M. Championnière a même écrit à ce sujet un volume[5] plein d'érudition dans lequel il cherche à donner une nouvelle base à la doctrine qu'il a adoptée.

M. le conseiller Rives a fortement appuyé la seconde, que Proudhon[6] et Foucart[7] avaient déjà soutenue.

Pas un auteur, dit M. Chauveau, n'a traité cette matière sans consacrer un long chapitre à la difficulté dont nous parlons.

3. Nous n'avons point la prétention de décider entre les divers systèmes proposés par les plus éminents jurisconsultes. Mais il nous a paru utile de résumer la jurisprudence sur cette grande question de la propriété des petits cours d'eau.

La loi actuelle est imparfaite, insuffisante, nous dit-on; mais ni l'insuffisance, ni l'obscurité, ni le silence même de la loi n'autorisent la magistrature à refuser jugement. N'est-il pas, dès lors, intéressant de rechercher ce qu'ont décidé les cours souveraines dans les divers cas qui leur ont été soumis?

4. A la vérité, ce qui frappe, à première vue, c'est que la jurisprudence a semblé donner raison, tantôt à une opinion, et tantôt à une autre; et qu'aucun auteur n'est embarrassé pour citer des arrêts à l'appui de son argumentation.

Mais est-ce pure et simple divergence dans la manière de voir des tribunaux? Nous ne le pensons pas, et nous voulons essayer de démontrer que si, dans cette matière comme dans tant d'autres, il faut faire une part à l'erreur, il importe aussi et surtout de constater que la jurisprudence a établi des distinctions d'autant plus nécessaires qu'elles dérivent de la loi et de la nature des choses, et qu'elles se relient au droit romain à travers le droit féodal.

Si ces distinctions existent, et doivent exister, si les petits cours d'eau non navigables ni flottables se divisent naturellement et légalement en plusieurs catégories, il ne faudra plus

[1] *De la prescription*, t. I, n° 145.
[2] T. I, p. 428.
[3] T. II, art. 561.
[4] *Des servitudes*, t. I, n° 77.
[5] *De la propriété des eaux courantes.*
[6] *Du dom. pub.*, n°s 733 et 936.
[7] *Droit administr.*, t. II, n°s 477 et suiv.

Digitized by Google

chercher exclusivement dans une des quatre opinions que nous avons rapportées, la solution de notre question de la propriété des petits cours d'eau. Il y aura une solution différente pour chaque catégorie, et beaucoup d'assertions qui, dans les arrêts, pourraient être aujourd'hui considérées comme divergentes, s'harmoniseront peut-être dans un système mixte, qui sera celui de la loi interprétée par les tribunaux.

5. Nous arriverons ainsi à établir trois distinctions principales, dont nous ferons connaître successivement le caractère, la portée et les limites :

La première aura pour objet de séparer les rivières non navigables ni flottables des ruisseaux, et d'indiquer surtout quel est le point exact de démarcation entre ces deux classes de cours d'eau;

La seconde s'appliquera aux ruisseaux, et les rangera dans deux catégories différentes, suivant qu'ils couleront chez les propriétaires de la source, ou chez les propriétaires inférieurs;

La troisième aura pour but de démontrer que le lit et l'eau courante ne forment pas un tout nécessairement indivisible, et que la loi a, dans un cas, comme elle le pourrait dans d'autres, attribué le lit aux riverains, sans leur reconnaître aucun droit à la propriété de l'eau. LATREILLE.

(*La suite à une autre livraison.*)

DISTINCTION DES SERVITUDES PRÉDIALES EN DROIT ROMAIN,

Par M. E. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite*[1].)

65. Nous avons déterminé suivant quelle considération devait être appliqué rationnellement à l'extinction des servitudes prédiales tantôt le simple non-usage, tantôt l'usucapion proprement dite. Ce système, le seul logique à notre gré, con-

[1] V. *Revue*, t XXIX, p. 248 et 518; t. XXX, p. 262.

Digitized by Google

corde-t-il exactement avec la distinction des servitudes en rustiques et urbaines, cette distinction étant prise dans le sens que nous lui attribuons? A cette question nous sommes obligé de répondre négativement, en concédant que si, en général, les servitudes urbaines présentent ce caractère que des ouvrages seront nécessaires (*servitus in habendo*), ou qu'elles imposeront telle ou telle abstention au propriétaire du fonds servant (*servitus in prohibendo*), il n'est cependant pas impossible qu'une servitude urbaine consiste simplement *in faciendo*. Réciproquement, dirons-nous, une servitude rustique a pour effet habituel d'autoriser à faire quelque chose sur le fonds d'autrui; toutefois ce genre de servitudes n'est pas incompatible avec cette forme d'assujettissement d'après laquelle le maître du fonds grevé perd la faculté d'agir chez lui absolument comme il le voudra; une servitude rustique peut même s'accompagner de la présence de travaux propres à assurer l'exercice du droit. Nous reconnaissons volontiers que sur ce point notre doctrine prête le flanc à la critique; mais comme cette doctrine n'est autre, si nous ne nous abusons, que la doctrine romaine, c'est à la législation romaine elle-même que nous renvoyons cette critique. Nous n'avons pas entrepris de démontrer l'excellence et l'opportunité de la division des servitudes admise par cet ancien peuple. A cet égard notre opinion est bien assise, et nous avons eu soin de l'indiquer dans la première partie de notre travail. Nous tenons cette division pour mauvaise et vicieuse; nous la condamnons comme n'étant pas d'accord avec les caractères différents que peuvent présenter les servitudes, et qui doivent légitimement influer sur leurs modes de constitution ou d'extinction. Nous savons par quels motifs la distinction avait été adoptée. Quand ces motifs eurent disparu, la distinction aurait dû disparaître également. En fait, elle a été conservée jusqu'au bout, et la difficulté consiste à mettre la distinction en harmonie avec la diversité des règles que l'on trouve dans le droit romain à l'occasion des servitudes, particulièrement en ce qui concerne l'extinction par le non-usage.

66. Ce problème, nous l'estimons insoluble, du moment où l'on veut arriver à une précision absolue, mathématique, et établir entre les servitudes rustiques d'une part et les servitudes urbaines d'autre part une démarcation telle-

Digitized by Google

ment fixe que jamais il ne puisse y avoir lieu pour une servitude appartenant à telle catégorie de lui appliquer une règle empruntée aux servitudes de l'autre catégorie. Si, en réalité, la division romaine avait la perfection que revendiquent en sa faveur ceux qui la défigurent dans l'espoir de la rendre irréprochable, s'expliquerait-on qu'elle eût soulevé tant de controverses, suscité depuis des siècles tant de discussions? Il est tellement vrai que la cause est désespérée, que ses défenseurs ont été obligés de substituer aux dénominations romaines des locutions toutes différentes. Il ne s'agit plus, on le sait, des *jura prædiorum rusticorum* ou *urbanorum* : il s'agit, suivant ceux-ci, des servitudes *in solo* ou *in superficie consistentes*, suivant ceux-là, des servitudes soit *in faciendo*, soit *in habendo*, soit *in prohibendo*, suivant d'autres enfin, des servitudes n'éveillant pas ou éveillant l'idée de constructions, sans qu'il soit nécessaire en ce dernier cas que des constructions existent, l'idée de constructions se concevant tout aussi bien pour les nier que pour les affirmer. De bonne foi, n'est-ce pas proscrire tacitement la division officielle de la législation romaine, quand on en est réduit à la masquer ainsi, sous prétexte de la justifier au moyen de synonymes, sur lesquels d'ailleurs on ne peut s'entendre? Nous rendons justice aux efforts déployés par les commentateurs pour imaginer un meilleur classement des servitudes; et nous pensons que ceux-là ont le plus justement analysé la matière, qui ont proposé de distinguer quelle était l'espèce de faculté conférée au propriétaire du fonds dominant. La science a gagné sans nul doute aux tentatives faites pour défendre à tout prix la pureté de la doctrine romaine; c'est de là qu'est sortie la division adoptée par notre législateur, division bien supérieure à celle des Romains. Le seul tort est d'avoir voulu faire hommage des résultats acquis au peuple romain, comme s'il était indispensable de douer leurs jurisconsultes de l'infaillibilité. Pour nous, nous aimons mieux dire que ces jurisconsultes n'avaient pas réussi à trouver la division la plus satisfaisante. Ils s'en étaient tenus à l'antique distinction, qu'ils avaient laissé survivre aux causes dont elle était issue. Les motifs que nous avons développés sur l'opportunité relative du non-usage ou de l'usucapion pour l'affranchissement des servitudes ne leur avaient point échappé; et en admettant les deux règles, ils

Digitized by Google

avaient adapté l'une aux servitudes rustiques, l'autre aux servitudes urbaines, se contentant d'une vérité approximative. Mais ils n'excluaient nullement l'idée que l'on pût, suivant l'exigence des cas, au point de vue de l'extinction, traiter une servitude rustique comme si elle eût été urbaine, ou *vice versa* traiter une servitude urbaine comme si elle eût été rustique.

67. Quelque malsonnante que paraisse au premier abord cette proposition, il faut bien se résigner à l'admettre, sous peine d'aboutir à des contradictions ou de tomber dans une impasse. Nous avons vu précédemment (n°s 28 et suiv.) que la servitude importante d'aqueduc, fréquemment citée dans les Pandectes, pouvait être urbaine, et nous avons constaté que cette qualité lui appartenait quand l'eau devait servir aux usages des habitants d'une maison. Nous nous félicitons d'avoir sur ce point l'appui de l'opinion de notre savant collègue, M. Demangeat, qui cependant ne partage pas en général notre théorie. Est-il besoin de faire remarquer qu'une conduite d'eau ne saurait constituer deux servitudes d'une nature différente, selon que l'eau aurait pour but de fertiliser un héritage ou de fournir aux besoins des personnes qui habitent une maison? Quelle que soit la destination de l'eau, la faculté de la prendre et de la conduire sur le fonds d'autrui présente toujours un droit identique, devant par conséquent suivre toujours les mêmes règles pour son extinction. Aussi les textes assez nombreux qui s'occupent de ce point ne laissent-ils aucunement supposer qu'il y eût lieu de faire quelque distinction.

68. Il n'est pas sans intérêt, à l'occasion de cette servitude, de voir comment elle avait été appréciée par les jurisconsultes romains; cet examen nous permettra de justifier le reproche que nous leur avons adressé d'avoir imparfaitement analysé les caractères des servitudes. Si quelquefois le droit de servitude peut conférer la faculté d'avoir des ouvrages sur le fonds d'autrui, assurément cette forme de servitude ne se rencontre nulle part d'une façon plus éclatante qu'en matière d'aqueduc, puisque le propriétaire dominant devra établir un canal depuis le point où il prend l'eau jusqu'à son propre héritage, ce qui peut donner à l'assiette de la servitude sur l'immeuble assujetti un développement fort étendu. Aussi notre législateur (art. 688 C. Nap.) a-t-il placé les conduites d'eau parmi les servitudes continues, pour lesquelles le point de départ de la prescription

Digitized by Google

extinctive exige un acte contraire à la servitude. Chez les Romains il en était autrement; la servitude d'aqueduc était considérée par eux comme susceptible de périr par le simple non-usage, décision répétée dans des textes nombreux. Cette décision est d'autant plus remarquable que les Romains n'avaient pas été sans reconnaître le caractère de *continuité* que nous assignons à cette servitude. Peut-être le propriétaire dominant a-t-il été négligent, et n'a-t-il pas eu le soin, au renouvellement de la saison propice aux irrigations, d'aller ouvrir les rigoles pour faciliter l'écoulement de l'eau. Néanmoins, grâce aux travaux faits précédemment, l'eau s'est frayé elle-même une issue et s'est répandue sur le fonds dominant. En pareil cas, on disait que la condition du non-usage faisait défaut; la servitude s'était maintenue par sa propre vertu, devant ainsi son salut à un exercice pour lequel elle n'avait pas été aidée par le *fait actuel* de l'homme. Les jurisconsultes romains paraissent avoir été d'accord sur ce point. En effet, l'un des textes qui contiennent cette doctrine nous apprend qu'elle n'était point personnelle à Celsus, qui dans la dernière partie de la loi 12, D. *Quemad. serv. amitt.*, s'exprime ainsi : « *Quare « fortius et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, jus aquæ « ducendæ retinetur : quod et Sabino recte placuit, ut apud Ne- « ratiun libro quarto membranarum scriptum est.* » Ulpien, dans la loi 1, § 21, D. *De aq. quot. et æst.*, énonce le même sentiment à l'occasion de l'application de l'interdit *de aqua æstiva*, qui exigeait que le demandeur eût conduit l'eau dans l'année précédente, tout en élevant quelque doute sur l'exactitude de l'accomplissement de cette condition : « *Quæsitum « est : si quis ante annum aquam duxit, deinde sequenti tempore, « hoc est, intra annum, aqua influxerit ipsa sibi, nec non du- « cente, an hoc interdicto locus sit? Et refert Severus Valerius « competere hoc ei interdictum, quasi duxisse videatur; licet « penitus pro spicientibus non videtur iste duxisse*[1]. »

[1] En regard de ces décisions qui attestent la facilité avec laquelle était écarté le non-usage, il est curieux de remarquer la sévérité déployée relativement à l'usucapion de la liberté. Supposez qu'un fonds étant grevé de la servitude *altius non tollendi*, le propriétaire de ce fonds ait élevé des constructions au-dessus de la hauteur qu'il lui était interdit de dépasser. Bientôt après l'auteur de ces travaux perd la possession de l'immeuble asservi, possession qu'il ne transmet à personne. L'interruption de l'usuca-

Digitized by Google

69. Cherchera-t-on à expliquer l'admission de la perte par le simple non-usage, relativement à la servitude d'aqueduc, en faisant observer que les travaux autorisés dans cette hypothèse présentaient peu de stabilité? La loi 17, § 1, D., *De aq. et aq. pluv.*, nous apprend en effet que, à moins d'une concession formelle, le titulaire de la servitude ne pouvait pas établir un canal en maçonnerie, qu'il avait seulement le droit de poser des tuyaux (*fistulæ*). Il est difficile de croire que la servitude d'aqueduc changeât de caractère suivant que les ouvrages exécutés pour son assiette auraient eu plus ou moins de permanence, et les textes sont muets pour signaler aucune trace de l'influence qu'aurait exercé cette circonstance. Remarquons d'ailleurs que si la construction d'un canal en pierre avait fait de l'aqueduc une servitude ne s'éteignant que par la voie de l'usucapion, la même solution devrait être admise alors que ce travail aurait eu pour but l'irrigation d'un fonds de terre, ce qui conduirait à cette conséquence que, grâce à la forme donnée au canal, une servitude d'aqueduc créée dans un intérêt purement agricole, et pour laquelle les *ædificia* ne jouaient aucun rôle, une servitude rustique, en un mot, aurait été traitée, quant à son mode d'extinction, d'après les règles des servitudes urbaines. Contentons-nous de critiquer la décision des jurisconsultes romains, et concluons que la servitude d'aqueduc, dans tous les cas, fût-elle urbaine, était exposée à périr par le non-usage.

70. En ce qui concerne les divers droits de passage (*iter*, *actus*, *via*), nous avons vu précédemment dans un texte de Paul, que le simple non-usage suffisait pour amener leur ex-

pion se produit dès que le fonds assujetti cesse d'avoir un possesseur. Malgré la persistance de l'état de choses contraire à la servitude, l'usucapion se trouve arrêtée à défaut d'un possesseur. On n'admettait pas que le fonds servant pût être par lui-même un instrument actif de son affranchissement; il fallait qu'il fût possédé par quelqu'un à l'état de liberté. Nous ne faisons qu'analyser un fragment de Julien, la loi 31, § 1, *De servit. præd. urb.* : « *Libertas servitutis usucapitur, si ædes possideantur; quare, si is qui* « *altius ædificatum habebat ante statutum tempus ædes possidere desiit,* « *interpellata usucapio est : is autem qui postea easdem ædes possidere* « *cœperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. Natura enim ser-* « *vitutum ea est ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem* « *earum habere qui ædes possidet.* »

Digitized by Google

tinction, et plusieurs fragments des Pandectes contiennent l'application de cette idée. Dans notre doctrine, suivant laquelle un *iter* devient *urbanum*, quand il est destiné à ménager l'accès de bâtiments, nous ne méconnaissons pas que cette circonstance doit rester indifférente pour exclure le *non usus*, et qu'elle ne saurait avoir la vertu de rendre nécessaire l'*usucapio libertatis*. La servitude de passage est une de celles où se présente la forme de servitude consistant en un *facere* de la part du propriétaire dominant; et si, en matière d'aqueduc, nonobstant l'établissement d'un *rivus*, les Romains n'ont pas considéré, probablement à raison de l'intermittence dans l'écoulement de l'eau, la servitude comme réduisant d'une façon continue à l'état d'asservissement le fonds grevé, il est clair que le fait du passage se produit d'une manière plus accidentelle encore, et qu'ici *à fortiori* l'état de liberté sera le mode ordinaire d'être du fonds servant. Nous admettons volontiers que l'*iter urbanum*, à l'instar de l'*iter rusticum* sera susceptible de s'éteindre par le seul non-usage, ce qui ne fait pas échec à notre système, d'après lequel la question de savoir s'il y a lieu au *non usus* ou à l'*usucapio* ne doit pas se résoudre absolument, mais seulement en général, par le caractère rural ou urbain de la servitude. Nous savons qu'il n'y a point incompatibilité entre ces deux choses : existence d'une servitude urbaine et fonctionnement du non-usage. Nous avons essayé de le démontrer relativement à la servitude d'aqueduc. Cette particularité ne constitue pas, à notre gré, une exception qu'il faille rigoureusement limiter à une hypothèse unique; la servitude de passage se prêtera également, bien qu'elle puisse être urbaine, à périr par le non-usage. Nous avons eu le soin d'ailleurs de tracer la règle qui servira à décider l'option entre l'un ou l'autre des deux procédés d'extinction.

71. En nous attachant à cette règle, nous sommes amené à indiquer une restriction qui nous paraît devoir être apportée, quant à la soumission à la perte du non-usage des droits de passage, si l'on veut tenir compte d'une manière exacte de la diversité de caractère que peut offrir une servitude, diversité d'où découle cette conséquence que tantôt le *non usus* suffira, tantôt l'*usucapio libertatis* sera exigée. L'observation que nous suggère à cet égard la servitude de passage ne lui est pas propre, et peut trouver son application à l'occasion d'autres

Digitized by Google

servitudes. Rappelons-nous que là où la servitude consiste dans un *facere*, l'état de liberté pour le fonds assujetti se produit dès que l'exercice de la servitude est suspendu, tandis que dans les servitudes consistant *in habendo*, à la suite des travaux qui ont été exécutés, l'asservissement forme une condition perpétuelle pour le fonds grevé, indépendamment de l'utilité effectivement retirée de la servitude. Or, il peut se faire que pour une seule et même servitude les deux caractères coexistent, de telle sorte que, d'une part, le propriétaire dominant aie la faculté d'accomplir tel ou tel acte sur l'immeuble d'autrui, et que, d'autre part, des ouvrages aient été pratiqués dans le but de permettre la répétition de ces actes. Ne serait-il pas raisonnable de dire que partout où la servitude s'accompagne du caractère désigné par ces expressions : *servitus in habendo*, l'usucapion est indispensable pour faire disparaître la servitude, bien qu'il y ait eu abstention prolongée des actes au moyen desquels la servitude est mise à profit.

72. Cette situation complexe peut fort bien se rencontrer à propos d'un droit de passage. Sans doute, si j'ai la faculté de passer par votre prairie pour exploiter la mienne, la servitude ne se manifestera extérieurement qu'à l'instant où j'userai de cette faculté; toute trace visible de l'assujettissement disparaîtra presque instantanément, et le lendemain il serait déjà difficile de reconnaître la route suivie la veille par mon chariot. Mais quelquefois la servitude, au lieu d'être ainsi fugitive, quant à son apparence, s'annoncera aux yeux d'une manière constante, grâce à des travaux qui auraient dû être faits pour procurer son exercice. Le propriétaire dominant a ouvert une porte dans le mur de l'héritage voisin; cette porte, dont il a seul la clef, ne s'explique autrement que comme moyen de ménager à son gré pour le titulaire de la servitude l'accès de l'immeuble asservi. Pour rendre le passage praticable, il aura fallu construire un pont à l'effet de relier les deux héritages séparés par un fossé, par un ruisseau. Peut-être le fonds servant a-t-il dû être disposé de façon à ce que la traversée s'opère facilement dans telle direction; le terrain a été exhaussé sur la ligne du passage, ligne indiquée par une chaussée qui distingue du reste du sol l'assiette de la servitude. Dans tous ces cas, à côté de la faculté de *faire* quelque chose sur le fonds d'autrui, la servitude autorise en même

Digitized by Google

temps à *avoir* des ouvrages sur ce fonds; et, s'il est vrai que toute servitude consistant *in habendo* appelle pour son extinction l'*usucapio libertatis*, pourquoi en serait-il autrement quand la servitude n'a pas uniquement et exclusivement ce caractère? Rapprochons deux hypothèses que nous avons rencontrées dans des textes déjà cités. J'ai le droit d'appuyer une poutre sur votre mur, et après avoir usé en fait de ce droit, j'ai moi-même enlevé ma poutre. En vain serai-je resté pendant le temps voulu sans tirer profit de la servitude; il suffit que le trou pratiqué dans votre mur ait subsisté pour que j'échappe à la perte de la servitude (V. L. 16., D., *De serv. præd. urb*). D'un autre côté, j'ai le droit d'arriver à ma maison par votre cour, et pour me ménager un accès, j'ai été obligé (V. L. 20, § 1, *eod. tit.*) d'établir des degrés qui mettent ma maison en communication avec votre *area*. Décidera-t-on que si, avant Justinien, la maison était demeurée inhabitée pendant deux ans, la servitude aura été éteinte par le non-usage? Je demande si l'esprit est bien satisfait de cette différence de solution, pour quel motif, dans le premier cas, le trou qui n'a pas été bouché aura eu la puissance de conserver la servitude, et comment on doit refuser la même vertu aux degrés pratiqués en vue du passage, degrés dont l'existence a été respectée par le propriétaire du fonds servant.

73. Nous avons vu l'*usucapio libertatis* écartée quelquefois à l'occasion de servitudes urbaines. Ne pouvait-il pas arriver *vice versa*, que pour telle servitude rurale le non-usage restât insuffisant à entraîner sa perte, et qu'il fallût en outre de la part du propriétaire du fonds servant un acte contraire à la servitude? Cette extension de l'usucapion de la liberté, comme nécessaire afin d'éteindre un *jus prædii rustici*, n'était pas sans exemple; et nous pensons que c'est là ce qu'on doit décider dans l'hypothèse dont nous avons déjà parlé (V. n°s 21 et suiv.), quand il s'agit d'un propriétaire, qui, craignant de voir diminuer le volume d'eau dont il a l'habitude de disposer, a obtenu de son voisin que celui-ci s'abstiendrait de fouiller dans son fonds pour y découvrir des sources, cas prévu à la loi 15, *pr.* D. *De servit.*, et reproduit à la loi 1, § 28, D. *De aq. quot.* A la vérité, les auteurs qui tiennent pour urbaines toutes les servitudes dites négatives, c'est-à-dire consistant *in prohibendo*,

Digitized by Google

nous objecteront que nous sommes dans l'erreur en qualifiant comme rustique une semblable servitude. Mais la réponse est facile; nous avons peine à croire qu'il faille de grands efforts pour démontrer qu'il n'y a rien de commun entre ces deux idées : d'une part, *servitus prædii urbani*, ce qui signifie, d'après la formule des Institutes, *servitus ædificiis inhærens*, et d'autre part, servitude conférant la faculté d'interdire tel acte au propriétaire voisin. Notez bien que nous ne blâmons pas, au point de vue de la saine théorie, la triple division *in faciendo*, *in habendo*, *in prohibendo*. Loin de là, nous l'estimons très-opportune, et très-propre notamment à expliquer comment l'*usucapio libertatis* doit être exigée toutes les fois que la servitude offrira ce dernier caractère, sans s'inquiéter de savoir si elle profite à un *prædium urbanum* ou à un *prædium rusticum*. Seulement il nous paraît impossible, avec la meilleure volonté du monde, d'attribuer aux Romains le mérite de cette division, quelque juste qu'elle soit en réalité, parce que nous n'apercevons pas comment l'idée d'édifices, positivement ou négativement, peut s'allier avec une servitude, d'après laquelle le propriétaire de tel héritage ne fera rien qui ait pour but de nuire à la quantité d'eau dont est en jouissance le propriétaire de l'héritage voisin.

74. Nous n'ignorons pas que d'excellents esprits n'ont point reculé devant le système qui établit une identité entre la division romaine et celle qu'on ne trouve que dans les livres modernes. Telle est la doctrine soutenue par notre collègue M. Demangeat. Déjà, dans son traité *De la condition du fonds dotal* [1], il avait admis, en réservant exclusivement pour les servitudes rustiques le *jus faciendi*, que la servitude était urbaine, soit qu'elle donnât le *jus habendi*, soit qu'elle donnât le *jus prohibendi*; et dans son *Cours élémentaire* [2], il reste fidèle à cette doctrine. Cependant le même auteur ne va pas jusqu'à supprimer la distinction écrite dans les textes des jurisconsultes romains, et il présente, nous l'avons dit précédemment, comme *criterium* de la démarcation des servitudes en rurales ou urbaines la règle suivante : « *Toute servitude à laquelle vous ne pouvez songer sans que l'idée de construction*

[1] P. 240.
[2] T. II, p. 491, 2e édit.

Digitized by Google

se présente à votre esprit est une servitude urbaine. Nous applaudissons volontiers aux efforts faits pour sauver les locutions adoptées par les Romains ; mais à ceux qui consentent à ne pas se débarrasser de la terminologie ancienne nous demandons si la servitude *aquam non quærere* fait songer nécessairement à l'idée de construction. Sans doute, il est possible que la servitude en question augmente la valeur d'un *prædium urbanum*, en supposant que la quantité d'eau que l'on veut conserver intacte serve aux besoins des habitants d'une maison. Mais la même servitude, on l'avouera, se comprend facilement au profit du propriétaire d'une prairie, qui appréhende que le voisin ne coupe les veines d'eau alimentant les sources à l'aide desquels est irriguée une prairie. Dès lors, on peut songer à la servitude *aquam non quærere* sans que l'idée de constructions se présente à l'esprit. Dès lors, elle est parfaitement susceptible d'être purement rustique ; et cependant rien de plus désirable que d'exiger en pareil cas pour l'extinction du droit l'application de l'*usucapio libertatis.*

75. L'appréciation que nous avons faite au sujet de la servitude *aquam non quærere* s'applique à d'autres restrictions à l'exercice du droit de propriété, qui peuvent également se concevoir à l'état de servitudes rurales. Le cercle des servitudes qui affectent cette forme, des servitudes négatives, est assurément assez étroit. Le plus souvent il y aura interdiction de bâtir ou de planter; et l'on ne peut nier que c'est particulièrement en vue de l'agrément de propriétés bâties, de *prædia urbana*, que seront constituées des servitudes de cette espèce. Néanmoins, en rappelant une observation déjà exprimée (V. n° 9), nous sommes autorisé à dire que de pareils arrangements entre propriétaires sont aussi de nature à donner plus de valeur à des fonds de terre, à des *prædia rustica.* Celui qui possède un jardin, un verger sur les produits duquel la libre action des rayons du soleil exerce une influence salutaire, trouvera un grand avantage à s'assurer que son terrain ne sera pas couvert d'une ombre pernicieuse, et il aura intérêt à obtenir de son voisin que celui-ci ne pourra élever des constructions ou des plantations qu'à une certaine distance. — Ici cependant nos adversaires nous arrêteront, en prétendant que l'idée négative de constructions suffit pour imprimer à la servitude le caractère urbain. Nous ne reviendrons pas sur la bizarrerie signalée

Digitized by Google

plus haut (V. n° 15) de cette conception, qui consiste à voir dans l'absence de constructions un *ædificium*, sans lequel il ne saurait y avoir pourtant une *servitus ædificio inhærens*. Nous nous contenterons de faire remarquer que cette ressource ingénieuse, au moyen de laquelle on assimile l'interdiction de bâtir à des bâtiments même, se trouve complétement en défaut eu égard à la prohibition de planter. Il n'y a pas de subtilité qui puisse faire que l'absence de plantations réveille, pour parler le langage consacré, l'idée de constructions. Est-il raisonnable cependant de placer sous un régime différent la servitude qui prohibe des constructions et celle qui prohibe des plantations?

76. Ce qu'il faut dire, pour être dans le vrai, c'est que les servitudes ayant pour effet d'empêcher le propriétaire du fonds servant de faire quelque chose sur son terrain sont toutes de la même nature, au point de vue du mode d'extinction, qu'elles exigent toutes par conséquent l'*usucapio libertatis*, non parce qu'elles sont urbaines, mais parce que, constituées au profit d'un *prædium urbanum* ou d'un *prædium rusticum*, elles se ressemblent en ce qu'elles ont pour résultat de condamner le fonds assujetti à tel ou tel état permanent. La conformité à cette situation réglée par la servitude n'est désormais que l'expression d'un asservissement, qui persiste indépendamment de toute activité déployée de la part du propriétaire du fonds dominant. La liberté n'apparaît alors que du jour où des actes contraires à la servitude auront signalé le commencement d'une époque d'affranchissement, et ce n'est qu'autant que cette condition nouvelle se sera maintenue pendant le temps voulu que la liberté pourra être recouvrée.

77. Après avoir établi que les servitudes consistant *in prohibendo* ne sont nullement synonymes de servitudes urbaines, nous ajouterons que celles qui autorisent à un *facere* ne se renferment pas davantage dans la catégorie des servitudes rurales. Nous concédons qu'il existera habituellement une concordance; mais nous ne mettons pas en doute que les servitudes *in faciendo* échappent au caractère exclusif de servitudes rurales pour se concilier quelquefois avec l'idée de servitudes urbaines. Nous avons eu occasion de faire cette remarque au début de notre travail (V. n° 8 et 9); nous devons

Digitized by Google

insister de nouveau sur ce point. L'utilité d'actes accomplis sur l'immeuble servant se présente sous deux aspects possibles, soit pour améliorer un fonds cultivé, soit pour augmenter la valeur d'une propriété bâtie. C'est ce que nous avons constaté au sujet du droit de prise d'eau, pour lequel les Romains, à tort croyons-nous, ont fait prévaloir le caractère du *facere* sans tenir compte du *jus habendi* qui s'y trouve mélangé. Ce qui est vrai de la faculté de tirer de l'eau du fonds voisin, faculté qui peut être profitable tant pour des bâtiments que pour des fonds de terre, est également vrai pour d'autres objets qui seront empruntés à l'immeuble assujetti, de manière tantôt à aider à la fertilité d'un terrain, tantôt à défrayer les besoins de ceux qui habitent un bâtiment. L'héritage voisin est grevé en faveur du mien de la charge de me fournir du bois, ce qui me sera avantageux à titre de servitude rustique, si je possède un vignoble dont les échalas seront tirés du fonds servant. Mais si la faculté de couper du bois dans tel héritage est destinée à me procurer ce qui sera nécessaire pour la réparation de bâtiments dont je suis propriétaire, le point de vue change, et le même genre de servitude, qui tout à l'heure était rurale, revêt maintenant le caractère urbain. M. Demangeat dit avec raison que le droit d'aqueduc est urbain, si l'eau est destinée exclusivement à l'usage des habitants d'une maison. Nous ne voyons pas pourquoi la même règle ne serait pas suivie quand le bois qui peut être pris est destiné à l'entretien de bâtiments. C'est bien le cas de dire que l'esprit ne peut concevoir la servitude sans songer à des constructions, puisqu'elle a été précisément établie dans l'intérêt de ces constructions dont l'idée est inséparable de la servitude. Il y a bien ici *servitus ædificio inhærens;* car si le propriétaire du fonds dominant renonçait à avoir des bâtiments, la servitude perdrait sa raison d'être.

78. Nous avons vu que pour les servitudes consistant *in faciendo* le non-usage suffisait à entraîner leur extinction au bout d'un certain temps. Le motif qui justifie cette doctrine, tiré de ce que l'état de liberté commence alors dès que le propriétaire du fonds dominant a cessé de se livrer aux actes autorisés par la servitude, ce motif a la même valeur à l'égard de toute servitude de cette espèce, qu'elle soit rustique ou urbaine. Néanmoins une observation est nécessaire en ce qui

Digitized by Google

concerne la fixation du point de départ de la prescription extinctive. Quand il s'agit d'actes que le propriétaire dominant est libre d'opérer chaque jour à son gré, le cours du délai du non-usage sera contemporain du dernier exercice de la servitude. La solution ne pourra être la même, s'il n'y a point faculté d'agir à tout moment sur le fonds assujetti, si le *jus faciendi* a trait à des services dont l'utilité n'est pas quotidienne, et ne se produit qu'à des intervalles éloignés, notamment quant au droit de prendre du bois, de la pierre sur le fonds d'autrui pour l'entretien de tels bâtiments. Il faut dire alors que, une fois les besoins du fonds dominant satisfaits, tout le temps qui s'écoule jusqu'à ce que de nouveaux besoins se produisent ne doit pas entrer en ligne de compte. Dans ces circonstances, en effet, le droit de servitude n'est pas un droit existant chaque jour de manière à pouvoir être mis en pratique. C'est plutôt un droit intermittent, à des échéances incertaines qui seront déterminées par l'état du fonds dominant. Il ne saurait y avoir non-usage pour un droit qui n'est pas encore né, qui n'est pas susceptible d'être exercé. Le *jus faciendi* est conditionnel, subordonné à l'éventualité des besoins auxquels la servitude est destinée à pourvoir. Mais supposez que la faculté de tirer parti de la servitude ait été négligée quand il y avait lieu de l'invoquer, que les matériaux qui auraient pu être demandés au fonds servant aient été pris ailleurs, dès cet instant apparaît le non-usage, qui recevra sa force extinctive par le seul laps du temps, sans qu'il soit nécessaire que le propriétaire du fonds grevé ait rien fait pour contrarier la servitude. L'affranchissement sera acquis indépendamment de tout obstacle apporté à l'exercice du droit; en un mot, l'usucapion de la liberté ne sera nullement exigée.

79. Faut-il admettre que les jurisconsultes romains ont été touchés de cette idée que les servitudes conférant le *jus aliquid faciendi in alieno* devaient être assujetties à l'extinction par le non-usage, sans s'inquiéter de savoir si les actes à accomplir devaient profiter ou non à des constructions? Comment peut-on s'expliquer qu'ils aient considéré comme rurales certaines servitudes ayant précisément la forme du *facere*, bien qu'elles ne se comprennent que dans l'intérêt de bâtiments, si ce n'est afin de les soumettre au régime du *non usus* qu'emportait habituellement le caractère rural de la servitude? Ainsi la

Digitized by Google

loi 1, § 2, D., *De serv. præd. rust.*, place au nombre des servitudes rustiques, à côté des droits de puisage, de pacage, d'abreuvage, le droit de faire cuire de la chaux, ou celui d'extraire du sable. Cependant il est clair que l'exercice de pareils faits se rapporte à des besoins qui supposent l'existence de bâtiments. On ne peut songer assurément à de semblables servitudes sans que l'idée de construction se réveille. Il y a là une faculté utile au propriétaire de bâtiments; et nous savons que tout *ædificium*, fût-il à la campagne, constituait un *prædium urbanum*. Un autre fragment, tiré du même titre, la loi 6, § 1, reconnaît la validité de servitudes de ce genre, et la rattache positivement aux besoins des constructions assises sur le fonds dominant. (« *Jus calcis coquendæ, et lapidis eximendi,* « *et arenæ fodiendæ, ædificandi ejus gratia quod in fundo est.* ») Nous concevons bien que des servitudes de cette espèce soient gouvernées comme le sont ordinairement les servitudes rurales au point de vue du mode d'extinction. Mais, s'il est vrai que les bâtiments, sis en tout lieu, doivent être qualifiés de *prædia urbana*, s'il est vrai que toute servitude utile à un *prædium urbanum* fournit un *jus prædii urbani*, les Romains ne se sont-ils pas laissé aller à oublier les principes qu'ils proclament comme base de leur division des servitudes [1]?

80. En dernière analyse, nous restons convaincu de l'inopportunité de la division des servitudes prédiales en rustiques et urbaines. Les inconvénients de cette division apparaissent surtout quand il s'agit de la faire concorder avec les deux modes différents d'extinction, simple non-usage et usucapion

[1] Nous avons évité de faire intervenir dans notre discussion la loi 2, pr., D., *De serv. præd. rust.*, où le jurisconsulte Nératius qualifie *servitutes prædiorum rusticorum* des servitudes qui dans tous les systèmes ne se comprennent qu'à titre de servitudes urbaines, par exemple le *jus altius tollendi, protectum habendi*, etc. Parmi les nombreuses explications proposées à l'occasion de ce texte qui a fait le désespoir des commentateurs, la plus satisfaisante, à notre gré, est celle qui consiste à dire, par analogie de la loi 23, § 1, D., *De serv. præd. urb.*, qu'au profit d'un terrain aujourd'hui non bâti il est permis de constituer des servitudes qui ne recevront leur utilité qu'alors que le sol dominant sera couvert de constructions. Nous sommes loin d'approuver la pensée de Nératius, qui a le tort de ne pas tenir compte du véritable but de la servitude; mais cette explication, qui nous paraît la meilleure, prouverait jusqu'à quel point l'état du fonds dominant était pris en considération pour qualifier la servitude.

Digitized by Google

de la liberté. Notre opinion est qu'il faut sur ce point abandonner les considérations qui servaient depuis un temps immémorial à classer les servitudes d'après la qualité du fonds dominant. Si l'on veut encore ici appliquer rigoureusement la distinction entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines, on tombe, nous l'avons vu, dans des difficultés inextricables. Nous avons essayé de dégager la règle qui doit être adoptée pour séparer le domaine du *non usus* de celui qui appartient à l'*usucapio libertatis*. Sans doute cette règle ne cadre pas exactement avec la division seule officielle des Romains. Mais est-il indispensable d'aboutir à ce résultat que cette antique division était heureusement choisie et exempte de tout défaut? Elle était mauvaise, nous le répétons; elle reposait sur une base vicieuse, parce que des servitudes de même nature conviennent également à des héritages ruraux et à des héritages urbains! De vains efforts ont été faits pour défendre cette distinction, en la transformant, en la défigurant. Elle n'a vécu que trop longtemps, et il est fâcheux que notre législateur ait cru devoir lui faire l'honneur de la reproduire. Heureusement il a évité d'en tenir compte pour tracer les règles, soit de l'établissement, soit de l'extinction des servitudes; mais il eût mieux valu laisser dans l'oubli ces qualifications devenues parfaitement inutiles [1].

E. MACHELARD.

[1] On peut faire la même remarque au sujet de la distinction des fruits en naturels et industriels. C'est encore au droit romain que notre législateur a emprunté cette division; et le soin qu'il prend d'indiquer que tels produits constituent des fruits naturels (V. art. 582 C. Nap.) donnerait lieu de penser qu'il y a quelque intérêt à séparer ceux-ci des fruits industriels. Cependant, quand on se demande le *cui bono*, il est impossible de le découvrir, et l'on est forcé de reconnaître que cette distinction des fruits est tout aussi oiseuse que la distinction des servitudes en rurales et urbaines. Malheureusement les Pandectes, à côté de maints textes décisifs pour repousser toute distinction, contiennent une décision isolée de Pomponius, la loi 45, D., *De usur.*, d'où il semble bien résulter que ce jurisconsulte était d'avis de traiter différemment les fruits naturels et les fruits industriels. C'est là l'unique cause qui a servi à alimenter la controverse longtemps agitée entre les Docteurs à l'occasion des fruits naturels ou industriels. Comme Pothier (*Propriété*, n° 337) avait justement condamné cette distinction, on peut s'étonner que les rédacteurs de notre Code ne l'aient pas laissé reposer dans les *selectæ quæstiones* de Vinnius. Grâce au ciel, elle est dépourvue de toute utilité; car, s'il fallait l'appliquer en pratique, il serait souvent fort délicat de se prononcer sur le véritable caractère de tels ou tels fruits.

Digitized by Google

BIOGRAPHIE DE CLAUDE GROULART,

PREMIER PRÉSIDENT DU PARLEMENT DE NORMANDIE (DE 1585 A 1607);

Par M. Sorbier,
premier président de la Cour impériale d'Agen.

Chaque époque a son grand événement, son principe dominateur. Il en est une, surtout, qui portait en elle de puissantes destinées, et offrit un magnifique mouvement intellectuel. On sortait du moyen âge qui élevait la prétention d'être le dernier mot du monde; sa maxime d'esclave, *le maître l'a dit*, et la scolastique, cette féodalité de l'intelligence, avaient assez vécu. On ne voulait plus, en fait d'idées, s'en tenir à l'héritage de ses pères. Le rire terrible de Rabelais trouvait partout des échos. Montaigne, armé du doute, ébranle à son tour l'édifice des vieux systèmes que Descartes ensuite achèvera de renverser. Le même instinct de critique et d'indépendance, Machiavel le porte dans l'histoire, Galilée dans la physique, Bacon dans les diverses branches du savoir. La raison, affranchie d'hier, s'élance à l'assaut des vérités et des erreurs, et se couronne de ses propres mains. L'homme n'est jamais plus remarquable que lorsqu'il fait un usage même immodéré de ses forces. On est frappé du caractère tout antique des acteurs du temps, et de la grandeur de génie et de création qui resplendit dans leurs œuvres. Chacun sent que des flots de lumière vont jaillir de toutes parts, et qu'on est au bord d'un nouvel univers.

Tel est le spectacle imposant, animé, que présente le XVIe siècle, qui vit éclore tous ces prodiges d'érudition et de travail sous l'influence de la réforme, sous l'haleine enflammée de Luther, le géant d'une époque où l'ardeur de tout connaître imprima aux esprits une irrésistible impulsion.

Mais, en permettant à la pensée de prendre son vol au plus haut des cieux, de scruter tous les mystères, de toucher à tous les fruits de l'arbre de la science, la réforme ouvrit un abîme qui n'est pas encore fermé. Elle brisa l'unité de l'Église, elle infligea au XVIe siècle l'immense douleur de ses guerres religieuses, elle détruisit tous les prestiges du pouvoir, et jeta

Digitized by Google

dans les âmes un insatiable désir d'innover sans cesse. De là l'éternel remaniement de la société, la longue insomnie de l'esprit qui n'a pu rentrer dans le repos de la tradition ni se suffire à lui-même.

Peut-être, ainsi que le pense Bossuet, Luther n'était-il qu'un instrument dans les mains de la Providence pour réveiller la foi dans son Église, et ramener les mœurs à leur pureté primitive. Ce mouvement pénétra de vives clartés toutes les parties des connaissances humaines. La jurisprudence, s'alliant pour la première fois à l'histoire et à la philosophie, prit un majestueux essor. Cujas et Dumoulin y introduisirent la méthode, c'est-à-dire la parole qui féconde le chaos. Ce fut aussi l'âge héroïque de nos fastes parlementaires. Lemaistre, Lhospital, de Thou, de Harlay, Chrétien de Lamoignon, Séguier, Servin, on eût dit que ces âmes d'élite, ces têtes puissantes, étaient envoyées par Dieu même dans ces années de tourmente sociale, pour en expier les fureurs et pour montrer « combien « est grand l'effort de la justice quand elle est exercée par de « braves sujets [1]. »

Il est un autre magistrat que recommandèrent alors un rare dévouement à ses devoirs, une vaste érudition, des services signalés rendus au pays, et la familiarité dont l'honora le souverain le plus français qui ait régné sur la France. Qui le croirait cependant? Il est presque ignoré. La renommée a ses caprices et son ingratitude. Le mot de Lipse est toujours vrai : *Quidam merentur famam, quidam habent.* Ainsi s'explique l'indifférence oublieuse avec laquelle a été traité Claude Groulard [2], premier président du Parlement de Rouen. N'est-il pas juste de retirer des morts vulgaires un personnage si éminent, de refaire les funérailles d'un magistrat dont la vie résume tout ce que les devoirs du juge et du citoyen ont de plus sérieux et de plus élevé?

Claude Groulart naquit à Dieppe, en 1551, de parents riches. Il reçut une éducation brillante. Laborieux, plein de sens et de réserve, il fit d'abord pressentir moins d'éclat que de solidité. Après s'être pourvu dans les premières années de ce fonds exquis d'instruction, si favorable ensuite à toute culture,

[1] Estienne Pasquier, *Recherches de la France*, liv. VI, chap. 35.
[2] Baron de Monville, seigneur de Lacourt.

Digitized by Google

il désira étudier le droit, étude qu'il appelait *l'école de la justice et de la probité*. Il commença son cours sous François Hotman et Hugues Doneau, à la célèbre Faculté de Bourges, fondée par Alciat, et il les continua sous Cujas, à Valence, où il eut pour condisciple de Thou l'historien. Groulart se nourrit avec avidité de la parole de ces restaurateurs du droit romain, il s'inspira de leurs conseils et de leurs lumières. Bientôt, au dire d'un contemporain, on ne le tint plus pour écolier, mais pour *enseigneur*. Les intelligences s'allument l'une à l'autre comme des flambeaux.

La Saint-Barthélemy (24 août 1572), le grand crime du XVIe siècle, arrache tout à coup Groulart à ses études, et rend les écoles désertes. Il se retire à Genève. Joseph Scaliger, d'une famille d'érudits qui remua toute la science, y devint son maître et son ami. Là, Groulart s'ensevelit dans la retraite; mais il ne put se résigner longtemps à cette vie contemplative. Pour lui l'âme humaine n'était pas seulement un œil qui voit la vérité, elle était surtout une force qui la réalise et la propage. Du fond de sa thébaïde il entend au loin gronder les orages; la France se débat éperdue dans l'anarchie. Groulart revient à Dieppe pour mettre au service de sa patrie tout ce qu'il a d'énergie et de dévouement. On ne tarda pas à remarquer cet homme, riche de savoir, d'une rare intrépidité de cœur, et possédant l'esprit de chaque chose, comme s'il n'avait que celui-là. En 1578, Henri III l'appelle au *grand conseil*. Groulart y siége avec distinction pendant sept ans. Il n'en avait que trente-quatre lorsqu'il fut nommé premier président du Parlement de Rouen, en 1585, année mémorable dans l'histoire de la jurisprudence normande. La législation du pays consistait dans le simple traité d'un jurisconsulte, adopté pour Code à la fin du XIIIe siècle. Cet ouvrage avait amassé des souillures et une rouille qui en cachaient la netteté, et rendaient quelques-unes de ses dispositions pareilles aux réponses des anciens oracles; le grand Coutumier de Normandie s'était fait vieux; il fallait lui restituer sa clarté primitive, en exclure les textes surannés [1], et combler ses nombreuses lacunes. Le

[1] Fameux arrêt dit du *sang damné*, en date du 26 août 1558, par lequel le Parlement de Rouen avait déjà déclaré abrogé, par le non-usage, l'article de la coutume qui privait les enfants d'un condamné à mort de tout droit de successibilité dans la famille.

Digitized by Google

mal était si profond, que malgré la devise de la Normandie, de *laisser le moutier où il est*, les états de la province demandèrent eux-mêmes à Henri III la révision de la coutume. Groulart fut un des principaux commissaires désignés par le roi, et il eut l'honneur de présider, le 31 décembre 1585, la séance du Parlement où l'on proclama loi définitive la coutume réformée qui a duré plus de deux cents ans, et qu'on a justement surnommée *la sage*.

Claude Groulart avait succédé dans le poste de premier président à Jacques de Beauquemare, qui avait laissé tomber le Parlement dans un état de discrédit funeste. L'antique discipline avait disparu; plus de mercuriales, plus de respect pour les anciens, plus de dignité extérieure. Dès le jour de sa réception, Groulart prit un langage austère, et fit revivre les usages. « Rendons-nous, dit-il, aux chambres assemblées, vénérables dans le palais, et hors d'icelui; ne permettons pas qu'on méprise ce qui n'est pas à nous, mais nous est commis en dépôt; le titre de magistrat n'est pas un caractère de circonstance et d'apparat, que l'on revêt ou dépouille au seuil du temple de la justice avec les insignes de son autorité; il nous suit partout; magistrature oblige. N'oublions pas aussi la modestie, cette profonde sapience d'où procède le silence, qui fait céder à qui sait davantage. Les épis qui baissent la tête réjouissent le laboureur, et prouvent qu'ils sont fort chargés de grains; de même, plus les hommes sont modestes en leurs discours, visage et contenance, plus ils témoignent qu'il y a en eux du savoir et de la vertu, et qu'ils ne ressemblent pas aux petits merciers qui, ayant peu de marchandises en leurs paniers, montrent incontinent tout ce qu'ils ont. »

Il parla ensuite de son vif désir de mériter l'approbation générale, ce qui est quelquefois plus difficile que de bien faire. Groulart parvint à ranimer l'esprit de corps presque éteint, et à relever la splendeur de sa compagnie. Il acquit sur elle un tel ascendant et une si haute considération à Rouen, que jamais, assure Lestoile (*Journal de Henri IV*), premier président n'en avait eu de semblables.

Il était important que le Parlement ressaisît alors toute sa puissance d'opinion, et qu'il s'armât de toute l'étendue de ses prérogatives pour opposer une digue à ces mesures fiscales, l'un des caractères du règne de Henri III, le plus malheureux

Digitized by Google

après celui de Charles VI, qui ait pesé sur la France. Christophe de Thou, premier président du Parlement de Paris, se sentant mourir, en 1582 : « Je plains, avait-il dit, le sort de ceux qui restent après moi. » Groulart n'avait pas de motifs pour envisager l'avenir avec plus de confiance.

Chaque jour Henri III faisait d'immenses largesses à ses favoris. Les ducs de Joyeuse et d'Épernon coûtèrent plus au pays que dix ans de guerres civiles. François d'O, surintendant des finances, n'était occupé qu'à inventer des tributs. Il risquait au jeu ce que les plus riches souverains auraient craint de perdre, et l'on ne savait s'il amassait les biens avec plus d'injustice, ou les dépensait avec plus de fureur. Groulart ne cessait de remontrer au roi la détresse du peuple, et de s'élever contre les traitants, contre ceux qui se constituaient, en quelque sorte, les entrepreneurs de la misère publique. Il savait qu'il n'y a pas de tyrannie plus dure et plus effrénée que celle des petits tyrans; et il disait à Henri III : « La Normandie est grevée du tiers des impôts, voire presque de la moitié de tout ce qui se perçoit dans le royaume; on lui demande deux tributs, qu'on double donc les moissons, et qu'on lui accorde deux étés. » Une autre fois à l'occasion des taxes sur le sel qui avaient causé sous plusieurs rois tant de soulèvements, et qui devaient sous Louis XIII mettre en feu toute la basse Normandie, Groulart disait encore : « Votre pauvre peuple pousse et roule sa pierre sans relâche; on lui ôte jusqu'à son lit, le dormir, cette trêve contre les douleurs; il ne reste rien en propre à ces malheureux que leurs âmes, parce qu'on ne peut les mettre à l'encan. »

Cependant de nombreux édits sont apportés à la Cour de Rouen, qui presque toujours les rejette. Si elle se soumet, elle a soin d'expliquer qu'elle cède à des *commandements exprès*. Arrive l'ordre de supprimer ces mots; on les efface; mais la rature est faite de manière à laisser lire dessous; la vérité s'y montre telle qu'un captif à travers les barreaux de sa prison.

Henri III s'irrite d'une fermeté qu'il ne peut vaincre. Sur l'avis du chancelier Chiverny, créature de Catherine de Médicis, et qui justifiait bien l'axiome de François Ier, que *bon courtisan et bon juge sont deux choses incompatibles*, le roi suspend à Rouen le cours de la justice : « Périssons, s'il le faut, s'écrie alors Groulart; suivons l'exemple du pilote qui,

Digitized by Google

au milieu des flots, et son vaisseau étant près de s'engloutir, fit cette exclamation généreuse en tenant son gouvernail : Au moins, Neptune, mon navire va droit. »

Groulart se rend aussitôt à Paris. Lettres, remontrances, voyages, rien ne coûte à ce magistrat pour éloigner des justiciables l'amer et inépuisable calice des lois fiscales. En pleine audience du conseil privé, il prend la défense du Parlement, et trace le tableau le plus énergique de la rigueur et de la multiplicité des impôts. Chiverny s'emporte jusqu'à proposer de faire le procès à la Cour de Normandie. Groulart réplique indigné : « On a vu des Parlements faire le procès à des chanceliers, et non des chanceliers le faire à des Parlements. »

Il obtient enfin une complète victoire; les magistrats de Rouen reprennent leurs fonctions. Bien plus, Henri III révoqua peu de temps après les édits dont il avait arraché la sanction au Parlement. Groulart prévint par là plusieurs séditions sur le point d'éclater en Normandie, vieille terre de sapience et de controverse, fière de ses souvenirs d'indépendance, de sa charte, de sa clameur de *haro*, et habituée *à se porter plus haut qu'une autre province*[1].

Mais le royaume ne gémissait pas seulement sous le poids des taxes oppressives; il était en proie aux guerres religieuses. Les mots de *papiste* et de *huguenot*, tels que ceux autrefois de *rose blanche* et de *rose rouge* en Angleterre, avaient embrasé le pays. La tolérance, vertu de nouvelle date, était peu connue au XVIe siècle. On ne concevait pas une monarchie sans l'unité de religion, avec la coexistence parallèle de deux cultes, parce que le principe catholique était la vie du peuple et la base de la société.

Les Guise, véritables rois de ces temps, pour s'essayer à l'usurpation et se créer des sujets avant d'être souverains, avaient formé une association sous le nom de la *ligue*, dont ils furent les arbitres suprêmes. Les protestants n'avaient pas encore de chef. Cette opinion ne souffre guère de maître unique. Henri III se fit ligueur dans l'espoir de diriger le mouvement populaire; il ne sut d'autre moyen d'étouffer les factions que de se déclarer le premier factieux de son royaume, et de s'atteler au char de ses ennemis. De même on vit, en 1639,

[1] Tallemant des Réaux, t. Ier, p. 292.

Digitized by Google

Charles Ier signer le *covenant* dressé contre son autorité et contre sa personne.

Henri III avait voulu faire entrer Groulart dans la ligue, mais inutilement. Le premier magistrat de la province ne pouvait accepter le rôle de chef de parti; il tenait à conserver celui de modérateur. Groulart dit au roi dont il blâmait la conduite : « En fait d'ordre public et de religion, on ne revient pas d'une fausse démarche; il y a bien des degrés pour monter au trône, il n'y en a pas pour en descendre. » Oui, il est des abaissements dont on ne se relève jamais. Un magistrat, un roi surtout ne doivent être que du côté des lois. Les paroles prophétiques de Groulart allaient se vérifier.

Henri III au sein de la ligue n'est plus que le lieutenant méprisé du duc de Guise. Mêlant les folies d'un idiot, les puérilités d'un enfant à des éclairs d'une raison supérieure, brave sur les champs de bataille et lâche dans les conseils, affectant les dehors de la bonhomie et plein de l'esprit de Machiavel dont il lisait chaque jour les œuvres, passant de la vie la plus dissipée à des pratiques de dévotion excessives et bizarres, il attachait à tous ses actes, par cet inexplicable tissu de contradictions, un caractère d'hypocrisie et de faiblesse qui l'avait profondément avili. Au contraire, fils d'un père assassiné par un protestant et regardé dans son parti comme un grand homme martyr de la foi, Henri de Guise, avec l'air et la franchise d'un héros, quelques vertus, beaucoup de valeur et les mots de religion et de bien public qu'il répétait sans cesse, était devenu l'idole du peuple.

Vainqueur de Henri III le 12 mai 1588 (journée des barricades), le duc de Guise le force à quitter son palais et sa capitale. Le roi ne sait où trouver un asile. Dans ce moment décisif où il y va de sa couronne et de sa tête, s'adressera-t-il à Chiverny, à François d'O, et à tous les nombreux favoris qui, la veille, se pressaient autour de lui? Entre ces hommes et le pouvoir, il existe toujours une condition tacite, le succès. Il faut s'appuyer sur ce qui résiste et non sur ce qui plie. Henri III met sa dernière espérance dans un homme dont la voix ne l'a jamais flatté; il se jette dans les bras de Groulart, à qui seul il demande des conseils et des secours. Le premier président, qui, suivant l'expression du temps, avait LES FLEURS DE LYS BIEN AVANT GRAVÉES DANS LE CŒUR, vient puissamment en aide à

Digitized by Google

Henri III, protége ses jours mis en péril, et le fait accueillir à Rouen avec transport. Mais le dévouement de Groulart, on le sait, n'avait rien d'aveugle ni de servile; il n'était pas de ces esclaves à robe longue (*togata mancipia*) qu'a flétris le chancelier de Lhospital. En allant, à la tête de sa compagnie, voir Henri III à Rouen, il se plaignit hautement des évocations et des clauses insérées dans les lettres de jussion pour ôter au Parlement la liberté d'opiner, « liberté, dit-il, sans laquelle tout bon sénateur ne doit désirer d'être ni de parler. »

Deux mois après, Groulart est informé que Henri III a signé à Rouen un édit par lequel il fait les concessions les plus honteuses au duc de Guise. Il court chez le roi, lui reproche sa molle condescendance, lui montre le précipice que l'on creuse sous ses pas, et lui expose avec feu tous les dangers de sa position. Le premier président pensait qu'il fallait dire sans détour la vérité aux rois, surtout quand il s'agissait de ces fautes qui peuvent ruiner les monarchies, et ne pas imiter ces personnages dont parle Tacite, qui n'osaient déclarer leurs pensées au souverain que par testament.

Henri III sentit renaître ses forces; poussé à bout par l'insolence des Guise qui l'abreuvent d'outrages, le traînent d'humiliations en humiliations, il se défait par un crime et se venge en tyran de deux sujets qu'il devait punir en roi. Le duc de Guise n'avait pas vu que la journée des barricades devait le perdre, si elle ne le plaçait sur le trône, et qu'après avoir tiré l'épée contre Henri III, il devait en jeter le fourreau. Les hommes sont rarement assez bons ou assez méchants. Henri III, après ce terrible coup d'État au château de Blois, retombe dans l'assoupissement et l'inaction, et le sang des Guise, qui devait tout apaiser, mit tout en révolte. Le peuple, ivre de colère, brise les effigies du roi, la Sorbonne le déclare déchu de sa couronne. Trois villes dans toute la Normandie, Caen, Dieppe et Coutances, se maintiennent dans le devoir; à Rouen, la ligue triomphante se livre à tous les excès. Le Parlement ne pouvait plus y exercer les fonctions paisibles de la magistrature. Un édit de Henri III, en février 1589, transfère le siége de la justice souveraine à Caen, ville qui s'est toujours signalée par son amour de l'ordre et par sa fidélité.

Doué de l'un de ces caractères nés pour servir dans la plus noble acception du mot, Groulart s'éloigne de sa résidence

Digitized by Google

pour aller défendre ailleurs la cause du roi. Il laisse à la merci des rebelles sa maison qu'ils dévastent, et son château de Saint-Aubin-le-Cauf, voué à la destruction par Mayenne, et sauvé par Bassompierre. Il arrive à Caen avec les magistrats purs du venin de la ligue. Là, sa journée de labeur commence au palais, à cinq heures du matin; il travaille presque d'un soleil à l'autre, réfugié dans le silence des nuits, victime consacrée à la justice, il veille sans cesse, et il pourvoit à tout avec cette fermeté tranquille qui laisse à l'âme toute sa force et à l'esprit toutes ses lumières.

Chaque parti fait irruption sur lui pour le teindre de sa couleur et l'entraîner sous sa bannière. Tant de fidélités se démentent et fléchissent! On espère assouplir aussi sa mâle vertu. Quelle enchère d'offres éblouissantes, que d'efforts, que de moyens de terreur on emploie pour le décider au moins à la retraite! La seule vue de l'homme de bien importune les méchants dont elle est la perpétuelle censure. Ils ne peuvent souffrir autour d'eux que des complices. « Fuir devant les factions, disait Groulart, jamais! Un soldat est puni de mort pour s'être éloigné de son drapeau; je serais mille fois plus coupable d'abandonner mon poste. » Que pouvait-on offrir d'ailleurs à un homme si vide de lui-même et si plein de Dieu, qui rend la justice par conscience, et dont le salaire est un autre monde? Il n'ignore pas la grandeur du péril qui le menace; il sait qu'on brûle de verser le sang du roi et de ses partisans; que déjà, à Toulouse, le premier président Duranti et l'avocat général Daffis ont été massacrés pour n'avoir pas voulu signer la déchéance de Henri III; mais pareil à ces feux salutaires qui brillent plus vivement dans la nuit et au sein de l'orage, son patriotisme s'exalte et apparaît dans tout son éclat au milieu du danger. Groulart redoublait de zèle et d'énergie lorsqu'une main régicide précipite du trône Henri III et ôte la vie au dernier des Valois, race si fatale au pays, race qui n'a produit qu'un grand homme, et cet homme est un despote, race qu'il faudrait maudire, si le génie des arts n'était là pour voiler les maux qu'elle attira sur la France.

La Saint-Barthélemy (œuvre surtout de Catherine de Médicis [1], femme si diversement jugée, entraînée par les catholi-

[1] Henri IV disait un jour à Groulart, au sujet de Catherine de Médicis : « Qu'eût pu faire une pauvre femme ayant par la mort de son mari cinq

Digitized by Google

ques d'alors dans les nuées de l'apothéose, lacérée comme une Jézabel par les outrages des protestants) et l'assassinat des Guise, ce crime célèbre de la peur, n'avaient pas avancé beaucoup la cause qu'ils voulaient servir. Le couteau de Jacques Clément ne fut pas plus concluant; les coups de poignard ont toujours été la ressource de la faiblesse; ces crimes fameux ne finissent rien, et sont des précédents funestes.

Le trône devenu vacant était disputé par Philippe II, roi d'Espagne, type du catholicisme inflexible, ayant pour lui Sixte-Quint, le génie du duc de Parme et l'or du Mexique; par Mayenne, épais de corps et d'esprit, usant en batailles toutes ses forces morales, convoitant la couronne et n'osant rien pour l'obtenir, fort de ses talents militaires, du nom de Lorraine et du fanatisme du peuple; enfin par Henri IV, appuyé sur les droits de sa naissance, ses vertus, son épée et Sully. Toujours au cri lugubre : Le roi est mort! avait succédé sans intervalle le cri joyeux : Vive le roi! Mais à la mort de Henri III chacun, glacé d'une secrète terreur, restait muet dans le royaume, lorsqu'une voix courageuse, celle de Groulart, réclama pour le sang de ses rois près de quatre ans avant que le Parlement de Paris, dans son mémorable arrêt du 28 juin 1593, osât secouer le joug de la ligue, et proclamer le maintien de la loi salique.

Henri IV est reconnu à Caen par toute la Cour. Cette déclaration lui valut presque une armée. Tout corps politique qui a le sentiment de la grandeur de sa mission, exerce, dans un moment de crise, une influence prodigieuse. L'attitude du Parlement fixe à jamais dans la soumission plusieurs cités qui allaient arborer les étendards de Mayenne. Plus tard les ligueurs cherchent à s'emparer de Caen; une violente mêlée s'engage entre eux et les habitants. Le gouverneur ébranlé semble incliner pour les rebelles. Groulart paraît, et, à la vue de cet intrépide magistrat, les factieux ouvrent leurs rangs avec respect, et la sédition est apaisée. Henri IV était au Mans

petits enfants sur les bras et deux familles en France qui pensaient d'envahir la couronne, la nôtre et celle des Guise? Fallait-il pas qu'elle jouât d'étranges personnages pour tromper les uns et les autres, et cependant garder comme elle a fait ses enfants qui ont successivement régné par la sage conduite d'une femme si avisée? Je m'étonne qu'elle n'ait pas encore fait pire. » (V. *Mémoires de Groulart*, ch. 3.)

Digitized by Google

dans une cruelle pénurie d'argent et de vivres. Sans munitions pour assiéger le moindre village, il songeait à quitter la France et à se réfugier auprès de la grande Élisabeth. En cet état, il reçoit dans son camp des secours de tout genre. Instruit que Groulart, après des efforts inouïs, avait décidé le gouverneur de Caen à l'envoi de ces puissants renforts, il désira voir un premier président si dévoué, et l'accueillit avec enthousiasme au château de Falaise. « Vous m'avez rendu, lui dit-il, un inestimable service. Je n'ignore pas que le feu roi vous aimait et que vous l'avez loyalement servi. En la perte de votre maître, vous en avez un autre qui vous promet de l'affection davantage, et qui vous la montrera par effet. » Henri IV lui offre la dignité de chancelier; mais Groulart apprend qu'il lui faudra tolérer de nombreux abus. C'en est assez, il refuse les sceaux de France qui retournent à Chiverny. Quelque temps après, le chancelier, à la veille d'une disgrâce, veut les lui abandonner moyennant 40,000 livres. Le surintendant promet à Groulart de lui rembourser le prix dans l'année : « Non, non, répond le premier président, je n'accepte pas cette charge; je rougirais trop d'y entrer par la porte simoniaque de l'argent. »

Tant de noblesse et de rigide fierté donnent du relief aux vertus d'un magistrat et du ressort à sa puissance. Aussi le nom de Groulart imprimait-il dans toute la province un religieux respect. Sa compagnie avait pour lui une sorte de culte. De son côté, le premier président vivait tout en elle et par elle. Il appelait les membres de la Cour ses *lares d'adoption*, et des relations de tous les instants resserraient leur affection mutuelle. Les méchants ne peuvent que perdre à se fréquenter, parce qu'ils finissent par se connaître, c'est-à-dire par se mépriser ou se redouter. Mais les bons, plus ils se voient, plus ils s'aiment, plus ils s'estiment, et chaque jour met un nouvel anneau à la chaîne qui les unit.

L'esprit de concorde et de fraternité qui faisait du Parlement de Caen une seule et grande famille, était bien nécessaire à l'époque de terreur religieuse qui suivit l'assassinat de Henri III. On n'osait parler, on n'osait même entendre; on avait peur que la peur ne rendît coupable. Ainsi que dans les proscriptions romaines, on tuait pour confisquer les biens. L'un était frappé à cause de son nom et de celui de ses ancêtres; un autre à cause de sa belle maison d'Albe; celui-là parce

Digitized by Google

que son visage avait déplu. La sérénité ne se rencontrait sur la figure d'aucun homme capable de sentir et de prévoir. Entre cette époque et le terrible ouragan de 93, on trouve, à part la gloire et les étonnantes destinées de cette dernière révolution, plusieurs rapports d'une effrayante vérité. Ce sont partout des scènes de meurtre et de pillage de la part des huguenots contre les ligueurs, et des ligueurs contre les catholiques eux-mêmes. « Voilà, écrivait Brantôme, les profits que rapportent les séditions desquelles à la fin les plus séditieux se fâchent. »

Dans ces temps calamiteux, Groulart fit toujours parler les lois qui se taisent d'ordinaire au sein des discordes civiles. Il ne lui vint pas à l'esprit de douter de leur pouvoir. Il pensait que la raison et la justice sont plus fortes que la violence même, et que leur sainte majesté a des droits imprescriptibles sur le cœur des hommes quand on sait les faire valoir.

Sous les inspirations d'un chef si ferme, si vigilant, la Cour se montre à la hauteur de sa mission et devient l'effroi de tous les artisans de troubles; il y avait eu naguère dans la province un échiquier *establi du souverain à garder sa terre, et à qui appartenait de regarder de toutes parts comme les yeulx au prince*[1]. Le Parlement fit bien voir qu'il lui avait succédé. Il bannit les Français qu'entretient l'or de Philippe, ceux qui conspirent pour livrer la ville; il réprime les menées secrètes des religionnaires, et réveille, par des arrêts publiés à son de trompe, une foule de gentilshommes qui s'arment, rejoignent Henri IV et combattent pour lui. Il fait prompte et inexorable justice de toutes les hordes de brigands qui infestent la province. Grâce à sa fermeté et surtout au zèle infatigable du premier président, plusieurs villes, dont la fidélité était ébranlée, restent dans l'obéissance; quelques autres qui avaient fait défection sont ramenées dans le devoir. Groulart, dont presque tous les biens ont été confisqués, contracte des dettes énormes pour venir au secours de son roi proscrit, nécessiteux; peu lui importent les privations qu'il endure, le pillage de ses do-

[1] V. *Grand coutumier du pays, et duché de Normandie*, chap. 3 et 56. — Échiquier jugeant en appel les causes décidées par les baillis, ainsi appelé, dit-on, à cause d'un échiquier figuré dans la salle d'audience; Cour ambulatoire dans son principe, le plus souvent siégeant à Caen au temps des ducs, puis rendue perpétuelle et fixée à Rouen par Louis XII. Elle ne reçut le nom de Parlement qu'en 1515, sous François Ier.

Digitized by Google

maines, les menaces dont on le poursuit. Il différait bien de Barnabé Brisson, président à mortier au Parlement de Paris, toujours au service de l'événement, n'ayant pas la force de se mettre au-dessus d'un fait, qui, dans les troubles de la ligue, se sépara de sa compagnie et se laissa nommer premier président par les ligueurs à la place d'Achille de Harlay qu'ils avaient emprisonné. A la nouvelle de la mort de Brisson, Groulart se mit à déplorer le sort d'un homme « si éminent, dit-il, par ses lumières et par son érudition, digne du poste élevé où son roi l'avait mis, sûr, s'il l'eût voulu, d'une vie honorable et toute de félicité. Que lui manqua-t-il donc? Il crut qu'il n'y avait point au monde de plus grand malheur que l'exil et la mort. Cette erreur devait causer sa perte. Séduit par les Guise, devenu le complice d'un peuple en délire, ayant osé lui résister sur un seul point, il subit dans l'ombre d'une prison une mort ignominieusement cruelle; dur mais inévitable résultat d'une conduite sans dignité et sans courage, forfait exécrable toutefois et opprobre éternel des infâmes dont il est l'ouvrage [1]. »

Tel était le langage, tels étaient les sentiments de Groulart. Il ne faudrait pas croire cependant, parce qu'il avait horreur de la ligue et de toutes les guerres religieuses, qu'il fût disposé à courber la tête sous le joug du protestantisme. Catholique fervent, mais sage, il pensait qu'il valait mieux prendre sur l'autel un flambeau pour éclairer les hommes, qu'un glaive pour les immoler, et que la liberté de conscience était *une enclume qui userait tous les marteaux*. Il avait l'intelligence de son temps et de son pays. Il comprenait que la France ne ressemblait ni à l'Espagne ni à l'Italie, où la réforme demeura sans accès, ni à l'Angleterre et à l'Allemagne, où elle prévalut, et qu'il fallait transiger avec un parti qu'on devait renoncer à détruire. Groulart combattit la ligue parce qu'il y voyait une révolte contre l'autorité légitime, qu'elle aurait peut-être morcelé l'État par son esprit municipal et amené sur le trône un prince étranger. D'ailleurs Henri IV, dernier rameau de l'arbre de saint Louis, lui paraissait capable seul de restaurer le pays, de discipliner l'anarchie et de conserver l'intégrité du royaume.

[1] V. *Histoire du Parlement de Normandie*, œuvre de grand labeur et de talent, par M. Floquet, homme aussi savant que modeste.

Digitized by Google

Il ne doutait pas que le prince ne finît par abaisser son front devant l'huile sainte, et entourer sa couronne de l'auréole catholique. Persuadé que là seulement étaient la force et la nationalité de la France, et que la conversion du roi ferait plus que toutes ses victoires, il l'excitait vivement à se réconcilier avec l'Église.

Le Béarnais, qui dans la suite assura l'état des protestants par l'édit de Nantes, conquête religieuse du XVIe siècle, sentit la sagesse des conseils de Groulart; il comprit qu'il ne pourrait triompher de la ligue qu'en changeant de culte; pénétré de cette idée, et sans doute aussi touché des vérités catholiques, il abjura le 25 juillet 1593. Dès ce moment, le motif qui faisait la force de la ligue cessa d'exister. Le peuple, qui avait jeté son bras nerveux dans la lutte lorsqu'il s'était agi de ses croyances religieuses, se trouva hors de cause. Le mouvement ne fut plus qu'une intrigue, une vulgaire question de personnes. Henri IV n'eut en face qu'un pêle-mêle d'intérêts égoïstes et brouillons avec lesquels il dut négocier. Sa politique consistait à gagner individuellement les hautes têtes de la ligue, et à acheter les grandes cités. Groulart seconda activement le roi dans cette tâche délicate; il fallait un homme assez prudent pour ne pas pousser trop loin les esprits emportés et extrêmes, qui eût de la souplesse pour manier les caractères, de la dignité pour imposer, de l'adresse pour tout pénétrer. Groulart avait contracté, dans les longues disputes de la ligue, l'habileté qui ménage les partis et domine les affaires. Il ramena une foule de rebelles aux pieds de son roi, retenant les uns par la crainte, les autres par l'intérêt, quelques-uns par la honte, et par l'honneur. Il n'y avait pas une passion, pas un vice, pas une vertu dont il ne tirât avantage pour rétablir l'ordre et effacer les traces des troubles civils.

La première négociation s'engagea avec Brissac qui commandait à Paris. Après y avoir fait son entrée, Henri IV devait attacher le plus grand prix à la reddition de Rouen. Le gouverneur était de Villars-Brancas, un des généraux les plus braves et les plus redoutés de son parti, bien qu'appelé roi d'Yvetot par la satire ménippée, ironie sanglante de la ligue, chef-d'œuvre des pamphlets politiques du XVIe siècle, et qui fut pour Henri IV une seconde bataille d'Ivry. Brancas vendit cher sa soumission. Henri IV recourut à son Parlement de

Digitized by Google

Caen. Groulart fit un nouveau sacrifice et un dernier effort qui couronna tous les autres; il s'engagea à payer une large part de l'indemnité promise au gouverneur.

Une fois maître de Rouen, Henri IV s'empressa d'y rappeler le Parlement par lettres patentes du 8 avril 1594. Après cinq ans d'exil, Groulart, le grand président Groulart [1] reparut dans le beau palais de justice que fonda Louis XII. Semblable à ces athlètes dont parlent les livres saints, il revenait d'une *longue tribulation;* mais à lui non plus ne manquèrent ni les bénédictions ni les marques d'honneur. Chacun se presse pour contempler sa noble figure creusée par les soucis, et ses yeux d'une ineffable pureté d'où s'échappent des traits de flamme. On veut voir, on veut entendre le libérateur de la Normandie, le magistrat qui a tant souffert pour la justice et pour son pays. La harangue qu'il prononça produisit une vive sensation. De Thou, qui s'y connaissait, en vante la solidité et l'éloquence [2]. Le premier président avait montré dans ce discours l'heureuse influence que le retour du Parlement allait exercer sur la paix publique. Mais, après quarante années de guerres civiles, le royaume affaibli, dépeuplé, gisait comme un cadavre. On parlait de la France, on ne la trouvait plus. « Honneurs, dignités, administration, écrivait alors de la Rocheflavin, ne sont que pompes funèbres [3]. » Au milieu des factions qui altèrent et souillent toutes choses, le pouvoir de la magistrature n'avait pu se maintenir intact; aussi Groulart disait-il à Henri IV : « Remettez en honneur le juge et la justice qui fait régner les rois et élève les nations; autrement l'État sera de bref ruiné. »

A la fin de 1596, pendant la tenue à Rouen de l'assemblée des notables à laquelle il assista, Groulart obtint de Henri IV qu'il restituât au Parlement la vaste et souveraine police, la plénitude de l'ancienne autorité qui permettait aux Cours judiciaires de prescrire toutes les mesures que pouvait commander l'intérêt du pays. — Il existait à Rouen une coutume qui se perdait dans la nuit des âges. Le chapitre de la cathédrale délivrait tous les ans, le jour de l'Ascension, un condamné à mort qui traversait processionnellement les rues de la ville,

[1] *Inventaire de l'histoire de Normandie*, par Eustache d'Anneville.
[2] *Hist. univ.*, lib. CIX.
[3] Liv. X, ch. 65, *Treize livres des Parlements de France.*

Digitized by Google

paré de fleurs, et portant la châsse de saint Romain, évêque de Rouen au VIIe siècle. C'était là un beau et touchant spectacle, sans doute : d'un côté, la justice humaine appuyée sur le glaive, réclamant une terrible expiation; de l'autre, la religion demandant grâce pour la victime, désarmant la rigueur des lois, et la miséricorde céleste commençant où finissait la pitié des hommes. Mais cette indulgence chrétienne, au lieu de s'exercer envers des criminels dignes d'intérêt, ne servait depuis longtemps qu'à sauver de grands coupables. Groulart fit sagement restreindre les effets d'un privilége devenu une insulte à la justice et à la conscience publique. — A partir de François Ier, on afferma le droit de juger de même que les revenus aux traitants. L'État donnait les charges au poids de l'argent, non à celui du savoir et de la vertu. Dans l'espoir de réprimer ce scandaleux trafic, les Parlements obligeaient tout pourvu d'office à jurer qu'il n'avait rien payé. Grâce à l'insistance de Groulart, Henri IV abolit un serment qui n'avait pour résultat que des parjures et dégradait le magistrat. — Autrefois la partie qui avait eu gain de cause faisait, par déférence et courtoisie, présent aux juges de quelques fruits. On transforma ensuite ces actes de pure libéralité en obligation, en impôt très-onéreux qu'on levait sur les plaideurs. Dès le 17 mars 1402, on voit les épices venir en taxe, et s'introduire l'usage de les convertir en argent. Jaloux de la dignité de sa compagnie, l'austère Groulart s'efforça de la ramener en ce point à la pureté des premiers temps [1]. Il aurait voulu qu'elle offrît l'image de la plus incorruptible et de la plus sainte des sociétés.

Henri IV avait pour ce magistrat la plus haute estime. Il se plaisait à consulter un homme qui lui donna souvent d'utiles avis, et dont la langue, disait-il, valait bien une épée. Il l'appelait à toutes les affaires importantes qui se traitaient à la Cour. Il lui confiait même ses pensées les plus intimes et les

[1] En 1598, dans une cause où il s'agissait d'autoriser deux gentilshommes à créer à Rouen une verrerie, Groulart alloua, non de l'argent, mais deux coupes de cristal que les parties devaient offrir au magistrat rapporteur. En 1599, dans une contestation entre des joueurs de violon et autres musiciens de Rouen, il adjugea une aubade. Une autre fois il ordonna à des religieuses de Sainte-Claire, qui désiraient s'établir à Mortagne, de réciter un *Ave maria* pour le rapporteur de leur requête.

Digitized by Google

secrets de l'État. Groulart était de ceux qui entrent dans le palais des rois avec une âme fière, et en sortent avec toute leur liberté.

Écoutons-le : « Les vanités de cour ne m'ont jamais enflé; je ne nierai pas cependant que le bon accueil que j'ai reçu de mes rois, plus grand peut-être qu'aucun de ma robe, ne m'ait été agréable, et excité de plus en plus à les bien servir; mais j'ai un naturel franc et indépendant que je conserverai jusqu'à la mort; ni perte de places ni de biens ne me feront fléchir mal à propos [1]. » Avec quelle noblesse en 1603, au château de Caen, il se justifie auprès de Henri IV, et repousse les attaques que lui livraient jusque dans le cœur du roi de lâches envieux, petites natures qui se croient fortes parce qu'elles savent haïr et calomnier! Le monarque attendri l'embrasse et lui rend toute son amitié. On croirait entendre Henri IV et Sully conversant à Fontainebleau dans l'allée des Mûriers-Blancs, lorsque Sully se défend devant le grand roi d'une intrigue travaillée de main de courtisan [2]. Si quelquefois l'envie redresse sa tête contre Groulart, il répond avec un patriotisme romain, avec l'indifférence que le défenseur de Milon prêtait à son client : « Valeant cives mei, sint incolumes, sint florentes, sint beati; stet patria mihi carissima, quoquo modo de me merita erit [3]. »

Du reste, il ne demanda jamais aucune faveur à Henri IV qu'il avait si utilement servi dans ses mauvais jours. Chaque fois que vaquaient les sceaux de France, on parlait de lui pour les occuper. « J'ai trop d'occasions de louer Dieu de ce que je suis, j'espère qu'il me fera la grâce de m'en dignement acquitter, » disait le désintéressé président, et il l'écrivait dans des notes qui, contre son attente, devaient un jour être mises en lumière. Il n'aspirait qu'à bien faire, coulant sa vie sans ambition, comme un fleuve qui aime ses rives et qui n'est pas inquiet de son cours.

[1] Chap. 15, VOYAGES EN COUR, mémoires écrits par Groulart pour lui seul, commençant en 1588, et renfermant tout ce qui s'est passé dans les différentes occasions où il a eu l'honneur d'approcher de Henri III et de Henri IV. Ils ont été publiés pour la première fois, en 1826, par M. de Monmerqué. On y voit qu'il avait laissé d'autres ouvrages qui se sont perdus.

[2] Mot de Sully.

[3] *Orat. pro Milone*, n° 93.

Digitized by Google

Étroitement lié avec les Scaliger, les Juste-Lipse, les Casaubon, les Rœnnus, Groulart avait publié, jeune encore, une traduction latine de l'orateur grec Lysias, que l'historien de Thou et ensuite le docte Huet, évêque d'Avranches, honorèrent de leurs éloges.

Isaac Casaubon lui avait soumis son athénée. Groulart releva l'académie des palinods de Rouen, l'une des plus anciennes sociétés littéraires de France. On voit par les vers suivants de Malherbe, dont il fut le protecteur et l'ami, l'estime qu'avaient pour lui les savants :

> Je meurs, Groulart, d'ouïr sortir des hommes
> Tant de mépris pour la divinité,
> Et ne puis croire, en voyant ta bonté,
> Que tu sois fait du limon que nous sommes[1].

Mécène des poëtes de son siècle, il les recevait à Saint-Aubin-le-Cauf, sa maison des champs, où il se retirait quelquefois pour se délasser de ses longs et pénibles travaux. Là, relisant les auteurs qui avaient réjoui sa jeunesse, il goûtait les charmes de la solitude, si doux lorsqu'on a vu de près les passions des hommes et les bruyantes misères de la société. C'est là aussi que Henri IV, blessé au combat d'Aumale, vint lui demander l'hospitalité et se reposer quelques jours.

Mais la vie si laborieuse et si agitée de Groulart, un si rude passage sur la terre, l'avaient usé avant le temps. L'énergie seule de sa volonté le secourait contre les défaillances de sa nature physique. On eût dit une flamme brillant dans un vase toujours prêt à se rompre. Magistrat, homme d'État, ce que fit Groulart à ces divers titres passe toute croyance. Il présida en personne la grand'chambre pendant vingt-deux années; et à quelle époque! dans quelles affaires! Il ne descendait de son siége que pour aller au dehors apaiser des séditions, courir chez des gouverneurs indécis pour les affermir dans le devoir, négocier avec des villes pour les ramener à l'obéissance, et livrer en homme de cœur et de conviction un perpétuel combat à tous les ennemis du pays. On ne peut considérer qu'avec un sentiment de respect et d'admiration les travaux d'une magistrature si remplie d'actes de courage, de dévouement et d'ab-

[1] Son premier recueil d'essais poétiques intitulé : *Bouquet de fleurs de Sénèque.*

Digitized by Google

négation. Un espoir, il est vrai, avait toujours soutenu Groulart dans sa lutte acharnée contre les rebelles : il s'était bercé de l'idée que l'avénement de Henri IV commencerait l'ère de la tolérance et de la réconciliation entre tous les partis, que chacun pourrait désormais respirer à l'aise et vivre en pleine sécurité à l'ombre de la justice. Mais lorsqu'à la fin il s'aperçoit que ses rêves de paix et de bonheur pour la France sont autant d'illusions, que le vieil et implacable esprit des guerres civiles menace de renaître, que les fureurs de la ligue ne sont pas éteintes au fond des cœurs, que d'affreuses théories sont ouvertement professées, que déjà Henri IV, son roi bien-aimé, a échappé dix-neuf fois au fer des assassins, il croit voir l'État prêt à retomber dans l'abîme; il lui semble que l'air est infecté d'une espèce d'épidémie régicide; alors son âme se brise, une profonde tristesse dessèche en lui les sources de la vie, le pouvoir qui lui a été donné de souffrir est épuisé; il meurt le 3 décembre 1607 à l'âge de cinquante-six ans, et va goûter au sein de Dieu un repos dont il ne put jouir ici-bas [1].

Groulart était un de ces hommes que le ciel accorde à la terre dans le temps de ses plus grandes afflictions, et qui, doués d'une activité innée pour le bien public, membres intimes de la société, languissent et souffrent avec elle. Il ne laissait pas écouler un jour sans le marquer par des actes de bienfaisance. Rouen lui dut la fondation de son hôpital général. Sa maison, vrai temple de la piété et de la vertu, était l'asile du malheur. Il ne donnait pas avec cette humiliante et superbe pitié qui rend les secours plus amers et plus cruels quelquefois que l'infortune même; il dispensait ses largesses en silence, avec la délicatesse d'un sage et la tendresse d'un ami; aussi jamais cercueil de premier président n'avait reçu tant d'honneurs, n'avait été couvert de tant de larmes.

Qu'on ne pense pas que Groulart n'ait excité ces regrets et obtenu ces hommages que pour avoir bravé la tyrannie des seize, et appuyé la bonne cause devant les glaives nus; non, mépriser la mort n'est qu'un mérite vulgaire; s'il suffisait pour rendre immortel, le gladiateur deviendrait un héros. Mais défendre son âme contre mille puissances armées pour la cor-

[1] Deux ans et demi après, le 14 mai 1610, Henri IV périt sous le couteau de Ravaillac.

Digitized by Google

rompre, propager sans cesse, au milieu du plus ardent fanatisme, le culte de la tolérance et de la modération, s'immoler tout entier, fortune, repos, santé, aux intérêts de la justice, pour arracher son pays aux factions qui le déchirent, marcher à travers tant d'écueils sans jamais faillir, c'est le triomphe du sage, la gloire du magistrat.

Telle fut la vie de Groulart, tels sont les actes qui doivent sauver de l'oubli cette noble mémoire et placer Groulart à côté des plus dignes premiers présidents qui aient honoré la France. Il vivra comme un modèle de patriotisme, de fidélité au devoir et de courage civil; et l'on dira de lui ce que Montaigne disait de son ami la Boétie : « C'était vraiment une âme pleine et qui montrait un beau visage en tous sens, une âme à la vieille marque [1]. »

SORBIER.

BIBLIOGRAPHIE.

HISTOIRE CRITIQUE DE LA JURIDICTION CONSULAIRE,

Par E. Genevois, avocat à Nantes. (Paris, Durand, 1866.)

Compte rendu par M. L. M. de Valroger, docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

L'Académie de législation de Toulouse avait mis au concours une *histoire critique de la juridiction consulaire en France depuis son origine jusqu'à nos jours*. Le travail dont

[1] Épitaphe inscrite sur la tombe de Groulart : « Hic siti sunt cineres et ossa reliquiæ clarissimi Claudii Groulart, quondàm in Rothom. Curiâ senatûs principis, qui juris et æqui severus et acer vindex, nùsquam justitiæ candorem impiari, aut æquitatis amussim inquinari passus est, qui regis et patriæ certus et fidelis adscita per intestini et internecini duelli incendia neustriæ, multas urbes a malâ factione revocavit. Hic attritum et confectum curis maturiùs suis et patriæ, surda mors appellavit, ætatis anno 56, debitum flagitanti parcæ luit. (*Hist. de la ville de Rouen*, par Farin, t. III, p. 366.) — Son tombeau et sa statue ont été retrouvés, il y a peu d'années, par M. Floquet, à Saint-Aubin-le-Cauf, où ils avaient été transportés, en 1785, après la suppression de l'église des Célestins à Rouen.

Digitized by Google

nous avons à rendre compte est celui qui a obtenu le prix. Nous souhaitons que cette société savante ait souvent à récompenser des œuvres d'une pareille valeur.

Il faut dire aussi que le sujet était propre à exciter et soutenir les efforts des concurrents.

Les Romains eurent un grand commerce, mais on ne voit pas que ce genre d'affaires ait été distingué des autres; il ne donna pas lieu à la création d'un ordre spécial de juridictions.

L'Empire tombe sous l'invasion des Germains; des États barbares se fondent sur ses ruines; le commerce est étouffé. Il ne fut ranimé que par les Croisades. C'est en Italie qu'il refleurit le plus vite. Cette contrée avait conservé plus de restes de la civilisation ancienne; elle se trouva ainsi plus prête à profiter de circonstances meilleures. L'Italie était aussi mieux placée que tout autre pays : elle dominait la Méditerranée et formait le lien entre l'orient et l'occident. Outre leurs magistratures municipales, les villes commerçantes se donnèrent des *consuls de la marchandise*. Ce titre de *consuls* était alors appliqué en Italie à tous les magistrats chargés de pourvoir (*consulere*) à un certain ordre d'affaires; il se conçoit bien qu'il ait été créé des consuls pour le commerce lorsqu'il eut repris quelque essor. Cette juridiction se fit peu à peu une jurisprudence inspirée en partie par le droit romain, en partie par les suggestions instinctives de la pratique. Ainsi se fonda un droit relatif aux contrats de commission, de société, de change, et aussi un droit relatif aux faillites. Ce droit commercial italien a beaucoup contribué à la formation du nôtre.

En France la renaissance du commerce fut plus lente. Le progrès fut surtout servi par les foires. Qui n'a entendu parler des célèbres foires de Champagne qui se tenaient à Troyes? Les foires furent dotées de grands priviléges par nos rois. Ces priviléges furent mis sous la garde de *conservateurs* qui attirèrent peu à peu à eux la connaissance des transactions faites dans ces grandes assises du commerce.

On en était là au XVIe siècle des deux côtés des Alpes, lorsqu'une nouvelle impulsion fut donnée au commerce par la découverte d'un monde encore inconnu et d'une voie nouvelle vers les Indes. Les foires du moyen âge ne suffirent plus; les centres commerciaux se multiplièrent en France.

Digitized by Google

On voit alors apparaître de nouvelles institutions; et d'abord des bourses, où les commerçants viennent quotidiennement se réunir pour conférer sur leurs affaires. C'était le prélude d'une autre institution qui surgit bientôt à son tour, la justice consulaire.

Le commerce souffrait impatiemment les complications, les lenteurs de la justice commune; il sentait le besoin d'une juridiction mieux appropriée à la célérité de ses opérations. C'est ce qui inspira un édit d'août 1560 par lequel les litiges commerciaux furent soumis à un arbitrage forcé. Une combinaison mieux conçue fut un ordre de tribunaux élus par le commerce local qui ne tarda pas à être institué. En 1563 une création de ce genre se fit pour Paris. La capitale du royaume avait déjà son *parloir aux bourgeois;* mais le rôle de ce parloir était plus administratif que judiciaire. D'autres villes obtinrent bientôt des créations semblables. La France se couvrit ainsi de tribunaux de ce genre. Ils ne se multiplièrent cependant pas à l'égal de ce qui existe aujourd'hui; et malgré cela on jugea ensuite nécessaire d'en réduire le nombre.

Telle est l'origine de la justice consulaire en France.

L'auteur d'une histoire savante de l'organisation judiciaire, Meyer, avait recouru pour en rendre compte à des explications forcées. Il attribue la cause de cet établissement à l'ombrage que le pouvoir municipal donnait à nos rois. Au moment où ils allaient attaquer les villes dans le droit ancien dont elles jouissaient d'élire leurs magistrats, ils auraient trouvé politique de concéder ce droit nouveau à la classe commerçante, afin que, détachée de l'intérêt commun par cette satisfaction donnée à son intérêt particulier, elle fût moins sensible aux coups qui allaient être portés à la liberté municipale. M. Genevois réfute cette idée par d'excellentes raisons.

Mais j'ai peine à le suivre quand il rattache l'institution du XVIe siècle à l'ancienne Conservation des foires, comme si la juridiction consulaire n'en avait été qu'un développement. J'y vois bien plutôt une imitation des *consuls de la marchandise* de l'Italie. Un emprunt fait alors à cette contrée n'a rien d'invraisemblable : d'étroits rapports s'étaient formés entre l'Italie et la France. Combien de fois, depuis l'aventureuse expédition de Charles VIII, nos armées n'avaient-elles pas franchi les Alpes,

Digitized by Google

et mêlé notre politique aux affaires italiennes! Les rapports ouverts par la guerre avaient été ensuite entretenus par les intérêts de la paix : la renaissance des lettres et des arts en Italie avait suscité une renaissance française; la maison de Médicis donnait des reines à la France. Les juges du commerce français reçurent le même nom de *consuls* que portaient les juges du commerce italien; n'est-ce pas un premier indice que l'institution fut une imitation de ce qui existait en Italie? On est confirmé dans cette idée en voyant les juges-consuls de la France tirés du corps des marchands, élus par lui, comme l'étaient les juges-consuls italiens; il n'en avait pas été ainsi des *conservateurs* des foires. Mais voici une preuve encore plus décisive : La juridiction consulaire procédait si peu de la Conservation des foires qu'elle se plaça parallèlement à côté d'elle dans les villes où cette Conservation avait été instituée, et ce ne fut que progressivement que la juridiction nouvelle y réussit à absorber l'ancienne[1].

La juridiction consulaire prit un essor rapide. Soutenue par le besoin d'une justice prompte et simple que le commerce sentait vivement, elle eut la force de triompher des obstacles que rencontrait toute institution nouvelle. Elle en vint même à tenter d'élargir ses attributions, et il fallut un édit de 1610 pour contenir son zèle. Tandis qu'elle s'efforçait ainsi de sortir de sa sphère, elle était privée d'affaires qui étaient naturellement de son ressort, je veux parler des faillites; sa compétence fut enfin complétée sous ce rapport. Mais elle resta privée des affaires maritimes confondues aujourd'hui avec les autres affaires commerciales. C'est que le commerce maritime avait dès auparavant sa juridiction spéciale dans le corps de l'Amirauté, corps ainsi nommé parce que cette institution à la fois administrative et judiciaire se rattachait à l'amiral de France comme à son chef. L'ordonnance de 1673 enleva à l'Amirauté le contentieux des affaires maritimes; mais cette innovation eut peu de durée : l'Amirauté reconquit bientôt la branche d'attributions qu'elle avait un moment perdue.

Voilà ce qu'était avant 1789 la justice consulaire en France. A la différence des autres tribunaux, elle n'était point composée d'officiers possédant leurs fonctions comme un bien pa-

[1] Le contraire arriva à Lyon, où la Conservation des foires absorba la juridiction consulaire.

Digitized by Google

trimonial, mais de magistrats temporaires, élus et renouvelés par le suffrage de leurs justiciables. Elle se distinguait encore par l'absence d'un ministère public. La procédure expéditive qui s'y pratiquait n'avait point paru non plus comporter le ministère de procureurs : la comparution des parties en personne était dans l'esprit de l'institution. On ne leur refusa cependant pas la faculté de se faire représenter par un mandataire, et la justice consulaire en vint même à désigner à leur confiance des *agréés* qui avaient obtenu la sienne.

Le caractère populaire de cette justice la sauva de la réaction qui éclata en 1789 contre notre ancienne organisation judiciaire et surtout contre les tribunaux d'exception. L'Amirauté succomba devant cette répugnance, et les tribunaux de commerce héritèrent d'un ordre d'affaires qui leur avait échappé jusque-là.

Cette institution si bien entrée dans nos mœurs n'a cependant pas échappé à l'esprit d'innovation. On a été jusqu'à demander sa suppression, et la restitution des affaires commerciales à la justice commune. M. Genevois combat avec beaucoup de force cette idée. Il admet cependant l'utilité de certaines suppressions : la justice consulaire n'a sa raison d'être que là où existe un mouvement d'affaires considérable, et un personnel de commerçants suffisant pour fournir les éléments d'un tribunal convenablement composé; aussi n'en a-t-il pas été donné à tous les arrondissements; mais peut-être ces tribunaux ont-ils été encore trop multipliés. M. Genevois combat avec non moins de raison des systèmes qui, en maintenant la juridiction municipale, la dénatureraient. C'est d'abord une combinaison qui consisterait à donner aux juges commerçants un président gradué, inamovible. Une idée qui a rallié plus de partisans est la création d'un ministère public auprès de la justice consulaire. Ce ne serait pas absolument une nouveauté; car il y eut parfois un procureur syndic auprès de nos anciennes juridictions consulaires. M. Genevois cependant rejette encore ce changement. On a fait valoir entre autres considérations la gravité de sentences auxquelles s'attache souvent la contrainte par corps : si la loi nouvelle qui l'abolit, loi soumise en ce moment au Sénat, vient à être définitivement adoptée, il y aura une raison de plus à ajouter à celles que M. Genevois a fortement développées.

Digitized by Google

J'ai dit en commençant que son histoire de la juridiction consulaire est le fruit d'un concours ouvert sur cet intéressant sujet. Le rapport à la suite duquel le prix a été décerné à son ouvrage en fait un éloge très-mérité. Sagement pensé, sagement écrit, rempli d'une érudition qui, loin de viser à l'effet, semble au contraire se cacher, tant elle est fondue avec art dans l'exposition, le livre de M. Genevois est une de ces œuvres solides et modestes que n'attend pas un succès bruyant, mais qui survivent à bien d'autres destinées à tomber dans l'oubli après un retentissement d'un jour.

L. M. DE VALROGER.

DES DROITS SUCCESSIFS DES ENFANTS NATURELS

DANS LES DIVERSES LÉGISLATIONS DE L'EUROPE,

Par E. Moulin, avocat à la Cour de Paris. — Paris, Durand. In-8°.

L'auteur poursuit une idée qui lui avait déjà inspiré une publication analogue sur le divorce. Il voudrait voir s'élever dans toute l'Europe une législation civile uniforme. Pourquoi ces puissances ne se réuniraient-elles pas dans un congrès où elles poseraient les bases d'une paix universelle et en même temps d'une législation unique?

Nous ne croyons pas à la réalisation prochaine de la paix universelle rêvée par le bon abbé de Saint-Pierre et par d'autres après lui : nous comptons seulement sur les progrès de la raison publique chez les divers peuples de l'Europe et sur l'intelligence de plus en plus développée de leurs véritables intérêts. Nous ne croyons pas davantage que les divers États en viennent à adopter un Code unique : nous espérons seulement que leurs lois se ressembleront de plus en plus par suite de l'analogie déjà si avancée de leurs mœurs.

Mais nous ne désirons pas que ce progrès se passe au profit des idées exposées par M. Moulin. Dans la précédente publication il avait émis le vœu d'une adoption générale du divorce; dans celle-ci il demande l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes.

Il serait plus simple et plus logique de supprimer le mariage...

L. M. de V.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière administrative,

Par M. Reverchon, avocat à la Cour impériale de Paris, ancien avoca au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien maître des requêtes au Conseil d'État.

TRAVAUX PUBLICS; RÉFÉRÉ; CONFLIT.

I. Une assez vive controverse s'est élevée à plusieurs reprises, dans la doctrine et dans la pratique, sur la question de savoir si le juge des référés peut être saisi de demandes et ordonner des mesures tendant à faire constater provisoirement et d'urgence les dommages causés à des propriétés par suite de travaux publics.

La solution affirmative a été longtemps admise, en fait, par le président du tribunal civil de la Seine; elle a été soutenue, en droit, par M. Bertin (journal *le Droit*, numéros des 23 mars et 12 juin 1857); par M. Thiercelin (*Revue pratique du droit français*, t. III, p. 433, et t. IV, p. 92); par M. Dalloz (*Jurisprudence générale*, v° *Référés*, n° 235), etc. L'opinion contraire a été vivement défendue par MM. Chauveau (*Journal de droit administratif*, t. V, p. 145); Serrigny (*Traité de l'organisation et de la compétence administrative*, 2e édit., t. II, n° 796), etc., et elle a été consacrée par divers arrêts des Cours impériales de Paris, de Montpellier, d'Aix (Dalloz, *Recueil périodique*, 1857, 2, 97 et 196; 1859, 2, 41), etc.

Cette question ne paraît pas encore avoir été déférée à la Cour de cassation; mais elle vient d'être résolue par le Conseil d'État dans les termes suivants (22 janvier 1867) :

« Vu l'arrêté, en date du 24 décembre 1866, par lequel le « préfet du département de Saône-et-Loire a élevé le conflit « d'attributions sur une ordonnance de référé rendue, le 15 du « même mois, par le juge faisant fonctions de président du « tribunal civil de l'arrondissement de Charolles, dans l'in- « stance pendante devant ledit tribunal entre l'État, d'une « part, et, d'autre part, le sieur Pajot, manufacturier au Mon- « tet, commune de Palinges; — Vu la requête adressée, le

Digitized by Google

« 29 septembre 1866, par le sieur Pajot au président du tri-
« bunal civil de Charolles, à l'effet d'être autorisé à faire assi-
« gner à bref délai l'État, en la personne du préfet, à com-
« paraître devant ledit président en état de référé, pour,
« attendu que, le 24 septembre, les eaux du canal du Centre,
« rompant vers la treizième écluse la digue qui sert de route de
« Guénéland à Montceau-les-Mines, ont fait irruption sur un
« four à briques réfractaires appartenant à l'exposant et y ont
« causé de graves dégâts; attendu que les préposés de l'admi-
« nistration n'ont pas déféré à la sommation verbale faite par
« le sieur Pajot de pratiquer une brèche dans la grande levée
« du canal, de façon à faciliter l'écoulement des eaux dans la
« rivière de la Bourbine; attendu même que plusieurs des ou-
« vriers du sieur Pajot, qui avaient commencé à pratiquer
« cette brèche, ont dû cesser leur travail sur l'injonction des
« conducteurs des ponts et chaussées; voir, au principal, en-
« voyer les parties à se pourvoir ainsi que de droit, et cepen-
« dant, dès à présent, voir ordonner une expertise pour con-
« stater et déterminer l'étendue du préjudice, les causes qui
« l'ont amené et le montant des dommages-intérêts auxquels
« l'exposant peut avoir droit; — Vu l'assignation donnée au
« préfet, le 1er octobre 1866, en vertu de la permission du juge,
« pour entendre adjuger les fins de la requête ci-dessus visée;
« — Vu le mémoire en déclinatoire présenté par le préfet de
« Saône-et-Loire le 6 octobre 1866, et tendant à ce qu'il plaise
« au président du tribunal renvoyer les parties devant l'auto-
« rité administrative, seule compétente, aux termes de l'arti-
« cle 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, pour connaître des
« demandes relatives aux dommages résultant de travaux pu-
« blics; — Vu les conclusions prises, le 8 octobre 1866, par
« le procureur impérial près le tribunal civil de Charolles, et
« tendant à ce qu'il soit statué conformément au déclinatoire;
« — Vu l'ordonnance, en date du 15 octobre 1866, par laquelle
« le juge tenant l'audience des référés par suite de l'empêche-
« ment du président, attendu qu'en toutes matières, même en
« matière administrative, le juge du référé est compétent pour
« ordonner un constat de l'état des lieux; attendu que la ques-
« tion de compétence sur le fond exige un examen plus étendu
« que ne le permet un simple référé, renvoie les parties à se
« pourvoir ainsi que de droit, et néanmoins commet des ex-

Digitized by Google

« perts pour constater et déterminer l'étendue du préjudice « causé au sieur Pajot, en rechercher les causes et en fixer le « montant; — Vu, etc.;

« Vu les lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III; les « lois des 28 pluviôse an VIII et 16 septembre 1807; — Vu « l'article 806 du Code de procédure civile; — Vu les ordon- « nances royales des 1er juin 1828 et 12 mars 1831;

« Ouï M. Pascalis, conseiller d'État, en son rapport; — « Ouï M. de Belbeuf, maître des requêtes, commissaire du « gouvernement, en ses conclusions;

« Considérant que l'assignation donnée au préfet de Saône- « et-Loire, au nom du sieur Pajot, de comparaître devant le « président du tribunal civil de Charolles, était fondée sur les « dommages qu'aurait causés à sa propriété l'irruption des « eaux du canal du Centre; qu'aux termes de l'article 4 de la « loi du 28 pluviôse an VIII, il appartenait au conseil de pré- « fecture d'apprécier ces dommages; que si, avant que ce « conseil fût saisi, le sieur Pajot entendait faire vérifier l'état « des lieux, c'était devant le préfet qu'il devait se retirer, afin « que, conformément aux articles 56 et 57 de la loi du 16 sep- « tembre 1867, une expertise fût ordonnée; que dès lors c'est « avec raison que l'arrêté de conflit susvisé a revendiqué pour « l'autorité administrative la connaissance de la demande por- « tée par le sieur Pajot devant le président du tribunal civil « de Charolles, jugeant en état de référé;

« Notre Conseil d'État entendu, etc.;

« Art. 1er. L'arrêté de conflit..... est confirmé.

« Art. 2. Sont considérés comme non avenus l'exploit intro- « ductif d'instance, en date du 1er octobre 1866, les conclu- « sions du sieur Pajot et l'ordonnance de référé rendue par le « président du tribunal civil de l'arrondissement de Charolles, « le 15 octobre 1866. »

II. Cet arrêt me paraît bien rendu en principe. Pour prendre des mesures préparatoires à un jugement, il faut, en thèse générale, avoir compétence pour rendre ce jugement même. Il est bien vrai que le président du tribunal civil peut, en référé, rendre des décisions provisoires, sans avoir cependant le droit de juger le fond du litige; mais il le peut, parce qu'il représente et résume le tribunal, parce qu'il ne fait que remplacer le tribunal qui a la plénitude de la juridiction dans les matières

Digitized by Google

civiles, et auquel, dès lors, il appartiendrait à la fois de statuer sur le provisoire et sur le fond, si l'urgence n'obligeait pas à les séparer momentanément. Telle ne serait pas évidemment la situation de ce magistrat, statuant en référé sur les mesures immédiates que lui paraîtrait exiger un dommage provenant de travaux publics : le tribunal civil n'est pas, en effet, compétent pour connaître, au fond, d'un dommage de cette nature.

Cette considération suffit pour écarter l'autorité des termes généraux de l'article 806 du Code de procédure civile, qui s'applique *à tous les cas d'urgence;* car cette disposition doit nécessairement être restreinte aux matières qui font l'objet de la procédure civile, aux matières qui rentrent dans la compétence de la justice civile. La juridiction commerciale, la juridiction des juges de paix peuvent bien être considérées comme des démembrements de la justice civile; il n'en est pas de même de la juridiction administrative, dont les attributions, si elle venait à être supprimée purement et simplement, ne passeraient pas pour cela aux tribunaux civils, à part quelques circonstances spéciales dans lesquelles la compétence administrative n'est effectivement qu'une usurpation plus ou moins justifiée sur la compétence judiciaire (tel est le cas du § 7 de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, relatif au contentieux des domaines nationaux).

Ce n'est pas que j'attache, en sens inverse, une importance décisive à l'argument tiré de ce qu'aucune loi n'a étendu cet article 806 aux matières administratives. Il y a bien des cas dans lesquels la jurisprudence du Conseil d'État n'a pas hésité à faire des emprunts au droit commun, notamment au Code de procédure, encore bien qu'aucun texte ne prescrivît ou n'autorisât formellement ces emprunts. Elle a jugé, par exemple, que, même dans les affaires où les conseils de préfecture ne sont pas tenus de recourir à l'expertise, ils doivent, si cette voie d'instruction leur paraît nécessaire, se conformer aux règlées tracées par le Code précité. Elle a jugé, par application de l'article 443 du même Code, que l'appel incident est recevable devant le Conseil d'État en tout état de cause. Elle a jugé que les conseils de préfecture et le Conseil d'État peuvent prononcer, conformément à l'article 1036 du même Code, la suppression des écrits produits devant eux, etc. En d'autres

Digitized by Google

termes, forcée de créer elle-même la procédure des conseils de préfectnre, qu'aucune loi n'avait réglée jusqu'à 1865 et qui n'est qu'à peine ébauchée par la loi du 21 juin et le décret du 12 juillet 1865, elle a été amenée à apprécier si telle ou telle disposition du droit commun présentait un caractère assez général et une utilité assez évidente pour qu'il y eût lieu de la transporter d'office dans la procédure administrative; or, cette appréciation, en ce qui touche la juridiction du président du tribunal civil statuant en référé, a dû aboutir à une solution négative, abstraction faite de tout texte.

III. Mais il faut bien reconnaître que cette solution, quoique justifiée en droit, laisse subsister en fait la plupart des inconvénients auxquels le système contraire avait en vue de remédier.

Ces inconvénients ne sont, il est vrai, pas très-graves dans l'espèce sur laquelle est intervenu l'arrêt qui vient d'être rapporté; car le dommage provenait de travaux exécutés par l'État, et dès lors le propriétaire lésé pouvait, en faisant connaître immédiatement son propre expert au préfet, demander à ce magistrat de nommer un autre expert, à l'effet de procéder d'urgence à la constatation de l'état des lieux et à l'indication des mesures provisoires que cet état pouvait réclamer. Cette marche, tracée par l'article 56 de la loi du 16 septembre 1807, pourrait être également suivie lorsque le dommage proviendrait de travaux départementaux; le préfet, en effet, représente aussi le département.

Cependant, même dans ces cas, la procédure établie par la loi de 1807 est loin d'offrir aux parties les garanties que celles-ci trouvent dans le choix commun. Le préfet peut bien être requis de nommer un expert pour l'État ou pour le département; mais il ne peut en être requis que par écrit, et rien ne l'oblige à déférer, surtout à déférer sans délai, à cette réquisition. Le président du tribunal, au contraire, ou le juge qui le remplace, est accessible tous les jours, ou tout au moins plusieurs fois par semaine, aux parties en personne; il entend leurs explications orales, et non-seulement il statue après les avoir entendues, mais il ne peut pas ne pas statuer.

C'est bien autre chose quand le dommage provient de travaux exécutés, soit par une commune, soit par un concessionnaire ou entrepreneur de travaux publics. Il appartient alors,

Digitized by Google

soit à la commune, soit au concessionnaire, de nommer son expert; le préfet n'a point à intervenir dans cette nomination. Croit-on que la commune, croit-on que le concessionnaire mettra toujours l'empressement nécessaire à déférer à la réquisition du propriétaire? Est-il juste, est-il de bonne administration de mettre celui-ci à la discrétion de son adversaire?

Que le préfet puisse, même dans ces cas, envoyer un ingénieur ou tout autre agent sur les lieux, je ne le conteste pas. Qu'il puisse dans ces cas et dans d'autres (art. 4 de la loi du 29 floréal an X, art. 50 de la loi du 21 avril 1810, etc.) prendre certaines mesures d'intérêt public, je ne le conteste pas davantage. Mais ce sera à ce point de vue qu'il les prendra, ce ne sera pas dans l'intérêt privé de l'individu qui aura éprouvé un préjudice, et, outre que le préfet ne pourra pas ordonner et n'ordonnera pas alors *une expertise*, il se croira parfaitement dispensé, dans la plupart des cas, de mettre en mouvement un de ses agents pour vérifier des faits dont la prompte constatation lui paraîtra sans importance pour son administration; il laissera parfaitement à cet individu le soin de les constater lui-même à ses risques et périls.

Sans doute, il est possible de saisir immédiatement le conseil de préfecture et de lui demander d'urgence, soit une descente de lieux par un de ses membres, soit tout autre acte d'instruction. Mais, quelque célérité qu'il y apporte, le conseil de préfecture, obligé d'attendre la défense ou peut-être d'ordonner la mise en cause de la partie adverse, ne pourra jamais statuer avec la rapidité du référé proprement dit.

IV. Il y aurait un moyen fort simple de tout concilier : ce serait d'organiser, pour les cas d'urgence, la procédure du référé devant les conseils de préfecture; ce serait de donner alors au vice-président de ce conseil, chargé de remplacer habituellement le préfet président (art. 4 de la loi du 21 juin 1865), le droit de statuer dans des formes analogues à celles qui ont été établies par les articles 807 à 811 du Code de procédure. Rien ne s'opposerait à ce que cette utile et facile innovation fût réalisée par le règlement d'administration publique, qui, aux termes de l'article 14 de la loi précitée, doit être promulgué et converti en loi dans le délai de cinq ans.

V. Il n'est pas inutile de remarquer, d'ailleurs, que, même en matière de travaux publics, le juge civil du référé pourrait

Digitized by Google

être saisi, s'il s'agissait d'un litige qui fût de sa compétence, notamment si un propriétaire avait été ou était menacé d'être dépouillé de sa chose pour l'exécution d'un travail de ce genre, sans l'accomplissement des formalités et conditions prescrites par la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, et demandait à être réintégré ou maintenu dans sa possession. C'est ce qu'enseigne M. Serrigny (*Traité de l'organisation et de la compétence administrative*, 2e édition, t. II, n° 796), et c'est ce qui résulte de l'arrêt suivant du Conseil d'État (15 décembre 1858) :

« Considérant qu'il s'agissait, dans l'espèce, de l'ouverture « d'un chemin vicinal de grande communication ; que les tra- « vaux avaient été commencés sur deux parcelles de terrain « situées au territoire d'Aubigny, sans que les sieur et dame « Bouthier de Rochefort, propriétaires de ces parcelles, en « aient fait la cession amiable et sans que les formalités pres- « crites par l'article 16 de la loi du 21 mai 1836 aient été rem- « pliés par l'administration ; que, dans ces circonstances, *par « le référé porté devant le président du tribunal civil de Beaune*, « et, en appel, devant la Cour impériale de Dijon, les sieur et « dame Bouthier de Rochefort ont demandé la discontinua- « tion des travaux entrepris sur leurs propriétés, jusqu'au rè- « glement et au payement de l'indemnité à laquelle ils avaient « droit ;

« Considérant qu'aux termes de la loi du 21 mai 1836, l'ad- « ministration ne pouvait faire commencer les travaux sur les « terrains compris dans le tracé du chemin dont il s'agit « qu'après une cession amiable ou après l'accomplissement des « formalités prescrites en matière d'expropriation pour cause « d'utilité publique ; qu'il n'est justifié ni d'une cession de cette « nature ni d'une expropriation régulièrement prononcée ; que « dès lors l'autorité judiciaire était compétente pour connaître « de la demande des sieur et dame Bouthier de Rochefort.

« Art. 1er. L'arrêté de conflit pris par le préfet de la Côte- « d'Or (sur l'appel de l'ordonnance de référé) est an- « nulé, etc. »

VI. A côté de la question principale qu'il a explicitement résolue, l'arrêt ci-dessus rapporté du 22 janvier 1867 en a implicitement résolu une autre, celle de la recevabilité du conflit en référé. Ce point n'était pas controversé dans l'es-

Digitized by Google

pèce; mais il l'avait été à une autre époque, et c'est la première fois que le Conseil d'État a eu l'occasion de l'examiner. La solution qu'il a adoptée à cet égard est conforme à celle qui résultait déjà d'un avis du comité de législation, en date du 3 mai 1844, ainsi conçu :

« Considérant qu'il n'existe aucun obstacle à ce que le conflit « soit élevé en référé; que le tribunal de première instance ju- « geant en référé n'exerce pas une juridiction exceptionnelle; « qu'il exerce la juridiction ordinaire du tribunal, dont l'auto- « rité lui a été déléguée par la loi pour les cas d'urgence et « l'exécution des titres parés; que, dès lors, l'administration, « quand elle est citée en référé, se trouve devant la juridiction « où le préfet est autorisé à élever le conflit; que rien ne s'op- « pose à ce que le procureur du roi assiste au référé; qu'il doit « y assister lorque l'État est en cause, la généralité des arti- « cles 83 et 112 du Code de procédure civile comprenant les « référés comme les causes ordinaires; que le préfet devra, « comme il le ferait devant le tribunal de première instance, « adresser son déclinatoire au procureur du roi; que le prési- « dent sera tenu de statuer sur le déclinatoire et d'ordonner « lui-même, après l'arrêté de conflit, qu'il soit sursis à l'exé- « cution; que les délais de l'ordonnance du 1er juin 1828, in- « troduits dans l'intérêt des justiciables et comme maximum « du temps laissé à l'administration pour revendiquer les ques- « tions qui lui paraissent de sa compétence, ne font pas ob- « stacle à ce que le déclinatoire soit présenté et l'arrêté de « conflit déposé au greffe le même jour, à ce que le préfet « prenne connaissance de l'ordonnance sur minute, etc.,

« Est d'avis : 1° que, quand l'administration des travaux pu- « blics est citée en référée, elle ne peut empêcher l'exécution « provisoire d'une ordonnance sur référé qu'en élevant le con- « flit dans les questions qui lui paraissent de la compétence « administrative; 2° que le conflit peut être régulièrement « élevé devant le président du tribunal civil, qui exerce la ju- « ridiction même du tribunal par délégation de la loi; que le « préfet devra suivre les formes ordinaires, en renonçant tou- « tefois à tous les délais incompatibles avec la célérité des « référés. »

La doctrine établie par cet avis a été généralement approuvée par les auteurs. On peut consulter en ce sens le Dic-

Digitized by Google

tionnaire général d'administration, v° *Conflit*, page 468; le Dictionnaire de l'administration française, v° *Conflit*, n° 38; MM. Dalloz, v° *Conflit*, n° 66; Serrigny, 2e édit., t. I, n° 173; Chauveau, *Code d'instruction administrative*, 3e édition, t. I, n° 447 *ter*; Dufour, 2e édition, t. III, n° 529, etc.

E. REVERCHON.

DE LA PROPRIÉTÉ DES PETITS COURS D'EAU,

Par M. J. LATREILLE, juge de paix à Castres (Tarn).

(*Suite*[1].)

§ 1. — *Distinction entre les rivières non navigables ni flottables et les ruisseaux.*

SOMMAIRE.

6. Arrêts qui établissent cette distinction.
7. Cette distinction existait dans le droit romain.
8. *Idem* dans notre ancien droit.
9. *Idem* dans le droit intermédiaire.
10. Elle existe aussi dans notre Code.
11. Ligne de démarcation entre les rivières et les ruisseaux.
12. Droit romain.
13. Ancien droit français.
14. Code Napoléon.

6. La première distinction que nous trouvons dans la jurisprudence est celle qui sépare les rivières des ruisseaux, et qui attribue des droits différents aux riverains suivant qu'il s'agit d'un petit ou d'un grand cours d'eau non navigable ni flottable.

Plaçons, à cet égard, en première ligne un arrêt de la Cour d'Agen du 4 mars 1856, l'un des plus remarquables qui aient été rendus en cette matière.

La Compagnie des chemins de fer du Midi avait pris une partie du lit du ruisseau dit *de la Masse*, aux portes d'Agen, et, prétendant que ce cours d'eau appartenait à l'Etat, refusait

[1] Voy. ci-dessus, p. 489.

Digitized by Google

d'en payer la valeur aux propriétaires qui le revendiquaient. Le tribunal de première instance crut devoir appliquer à ce cas la doctrine générale qui met les cours d'eau non navigables ni flottables dans les mains des riverains, rappela les diverses raisons que l'on invoque d'ordinaire à l'appui de cette opinion, mais ne laissa pas ignorer que, s'il prenait cette détermination, c'était parce que, dans l'espèce, il ne lui paraissait pas possible d'en adopter équitablement une autre.

« Considérant, en définitive, disait le tribunal, qu'il n'est « pas possible de comprendre à qui appartiendrait l'ancien lit « abandonné du ruisseau de la Masse, s'il n'appartenait pas « aux riverains, etc., etc. »

Ainsi, dans cette circonstance, le tribunal d'Agen adoptait la doctrine qui attribue la propriété des cours d'eau non navigables ni flottables aux riverains, non parce que, en thèse générale, cette doctrine lui paraissait seule exacte, mais parce que, dans l'espèce particulière qu'il avait à juger, cette doctrine lui semblait seule amener la solution équitable. N'agit-on pas toujours un peu de même dans les questions controversées ?

La Cour le prit de plus haut, refusa d'accepter une opinion de circonstance, et posa de la manière la plus nette et la plus énergique le principe de la distinction à établir entre les rivières et les ruisseaux :

« Attendu, dit l'arrêt, qu'il ne s'agit pas, dans la cause, de « savoir à qui appartient le lit des rivières non navigables ni « flottables ; qu'il s'agit seulement de décider, si le lit de l'an- « cien cours d'eau appelé *de la Masse,* ayant le caractère d'un « simple ruisseau, en portant la dénomination dans le pays, et « classé comme tel par l'autorité administrative, appartient « aux riverains ; qu'il est reconnu par tous les auteurs que les « simples ruisseaux sont l'apanage des propriétaires des héri- « tages sur lesquels ils se trouvent ; qu'ils ont toujours été « distingués des rivières, même non navigables ni flottables ; « que le droit romain ne confondait pas les ruisseaux, *rivos,* « avec les fleuves, *flumina;* que nos anciens auteurs n'ont pas « manqué d'en faire aussi la distinction ; qu'on lit dans Loysel « (*Inst. cout.*, liv. II, tit. 2, règl. 6) : Les petites rivières et les « chemins sont aux seigneurs des terres, et les ruisseaux aux par- « ticuliers tenanciers ; que Boutaric (*Inst.*, liv. II, tit. 1er), et Du-

Digitized by Google

« parc-Poullain (t. II, p. 398), ne sont pas moins explicites; que « telle est encore l'opinion de Merlin (*Quest. de droit*, tom. II, « v° *Cours d'eau*); qu'il suit de là que les simples ruisseaux ne « sont pas des choses communes, et qu'ils appartiennent, au con- « traire, aux riverains, entre lesquels la question de propriété « doit être décidée, d'après les règles ordinaires du droit privé, « par les titres, par la prescription, etc.

« Attendu, comme l'enseigne très bien M. Demolombe « (tom. X, pag. 124), que si quelquefois, dans son acception « générale, le mot rivière comprend même les ruisseaux (voir « la loi du 14 floréal an IX sur le curage des rivières non navi- « gables, et la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale), il est « certain que, dans son acception spéciale, le mot *rivière* ne « comprend pas, au contraire, les simples ruisseaux, et que tel « est le sens particulier que les rédacteurs du Code Napoléon « ont attaché à cette expression dans les art. 556 et suivants, « où ils opposent constamment les rivières navigables et flot- « tables, aux rivières non navigables et non flottables; qu'il « paraît évident que les termes rivières non navigables et non « flottables reçoivent de ce rapprochement même et de cette « antithèse, une signification spéciale, exclusive des simples « ruisseaux; qu'il n'y a pas un seul texte de loi qui place les « ruisseaux dans le domaine public; et que la liberté et l'ap- « propriation étant de droit commun, c'est avec raison que le « lit du ruisseau *de la Masse*, d'ailleurs depuis longtemps « abandonné, et dont le sieur Amouroux, propriétaire riverain, « a toujours payé l'impôt, appartenait exclusivement à ce der- « nier, — Par ces motifs, etc. etc. »

Nous pouvons citer un arrêt semblable de la Cour de Bordeaux, du 7 août 1862 :

« Attendu, dit cet arrêt, en droit, qu'il s'est élevé des diffi- « cultés sur le point de savoir si les rivières non navigables et « non flottables sont la propriété des riverains, ou celle de « l'Etat; mais qu'indépendamment de ces cours d'eau, il en « existe d'autres qui, à raison de leur complète insuffisance « pour la navigation et le flottage, ne sont désignés que sous « la dénomination de ruisseaux;

« Attendu que sous l'ancienne législation on voit des auteurs « dont la parole faisait autorité, Loysel, Boutaric, Duparc-Poul- « lain, faire nettement cette distinction, lorsqu'il s'agissait de

Digitized by Google

« savoir à qui des seigneurs ou des tenanciers appartenaient « les cours d'eau, et attribuer les ruisseaux aux riverains ; que « Merlin établissait dans un réquisitoire la même doctrine : Les « rivières navigables et les rivières non navigables, disait-il, « ont cela de commun qu'elles sont les unes et les autres con- « sacrées à l'utilité générale, et qu'en conséquence, elles sont, « en droit, assimilées dans tous les points, les premières aux « grands chemins, les secondes aux chemins vicinaux ou pu- « blics ; les simples ruisseaux n'ont qu'une utilité bornée aux « particuliers sur le terrain desquels ils coulent ;

« Attendu que les auteurs du Code Napoléon, qui avaient « une si profonde connaissance du droit ancien, ne peuvent « être supposés avoir voulu effacer une distinction fondée sur « la nature même des choses, et sur d'importantes autorités ;

« Attendu, en fait, que le cours de la Devèze n'est point na- « vigable ; que, depuis sa source jusqu'à son embouchure dans « la Garonne, il est d'un tirant d'eau trop faible pour la plus « petite navigation, alors même qu'il ne serait pas couvert en « parties par des voûtes (dans la traverse de Bordeaux) ; que « sa longueur est de cinq ou six kilomètres seulement ; qu'il « rentre donc manifestement dans la catégorie des simples « ruisseaux, etc., etc. »

Nous distinguerons dans ces arrêts, deux parties, que nous examinerons successivement : la première sépare les rivières des ruisseaux, et indique les raisons qui rendent cette distinction nécessaire ; la seconde essaye de déterminer à quels signes on peut reconnaître un ruisseau ou une rivière, et quelle est la ligne de démarcation entre ces deux catégories de cours d'eau.

Essayons d'abord de bien établir, comme le disent les deux arrêts que nous venons de rapporter, que la distinction entre les rivières non navigables et les ruisseaux est dans notre Code, qu'elle a été puisée dans le droit romain et dans notre ancien droit français, et qu'elle dérive de la nature même des choses.

7. Le droit romain avait établi une distinction entre les *flumina* et les *rivi*. La loi 1re, tit. 12, liv. XLII du Digeste, porte ce qui suit :

Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium.

Fluminum quædam sont perennia, quædam torrentia : pe-

Digitized by Google

renne est quod semper fluit; torrens, id est hyeme fluens.

Fluminum quædam publica sunt, quædam non. Publicum flumen esse Cassius definit quod perenne sit. Hæc sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.

Hoc interdictum (ne quid in flumine publico, ripave ejus, fiat quo pejus navigetur) ad ea tantum flumina publica pertinet quæ sunt navigabilia; ad cætera non pertinet.

Les cours d'eau forment deux classes : ceux qui ont une certaine importance s'appellent *flumina*, les plus petits s'appellent *rivi*.

Les *flumina* sont pérennes ou intermittents : pérennes, ils sont publics; intermittents, ils sont privés; et parmi les pérennes publics on distingue ceux qui sont navigables de ceux qui ne le sont pas.

La loi romaine déclarait donc publics tous les cours d'eau pérennes d'une certaine importance, navigables ou non, et ne laissait aux riverains que la propriété des *flumina* qui ne coulaient qu'une partie de l'année.

Il n'en était pas de même des *rivi*.

Rivus, dit le Digeste, liv. XLIII, tit. 21, *est locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrat.*

Sont-ce là nos ruisseaux? M. Laferrière l'affirme; M. Cabantous le nie, et soutient que les *rivi* étaient toujours des canaux artificiels creusés de main d'homme, et dérivés des rivières pour l'entretien des fontaines publiques, ou pour l'arrosage des propriétés.

La vérité est, croyons-nous, que les Romains n'avaient pas une appellation spéciale pour les canaux artificiels [1], et qu'ils les confondaient avec les ruisseaux naturels dans la dénomination générale *rivi*. Les textes ne nous paraissent laisser aucun doute à cet égard.

Les *rivi* sont bien les plus petits cours d'eau naturels, puisque c'est par leur faible importance et par leurs étroites dimensions qu'on les distingue des *flumina*, d'après la loi que nous avons déjà citée.

Ce sont bien, en outre, les canaux artificiels, puisque l'inter-

[1] Le droit romain avait bien le mot *canalis*, mais ce mot s'appliquait à toute autre chose qu'aux canaux portant eau courante creusés de main d'homme, ainsi que l'atteste le passage suivant d'Ulpien : *Si quis novum canalem vel fistulas in rivo velit collocare...*, etc. (Lib. LXX, *ad Edict.*)

Digitized by Google

dit *de rivis* s'applique non-seulement aux cours d'eau, mais encore aux digues, aux tranchées, etc., où commence la dérivation des *rivi* creusés de main d'homme.

Rivos, specus, septa, dit la formule de l'interdit, *reficere, purgare, aquæ ducendæ causa . . . . . vim fieri veto.*

Septa sunt quæ ad incile opponuntur, aquæ ducendæ compellendæve ex flumine causa, sive ea lignea sint, sive lapidea, sive qualibet alia materia, ad continendam transmittendamque aquam excogitata, dit Ulpien, lib. 70, *Ad Edict.*

Incile, ajoute le même jurisconsulte, *est locus depressus ad latus fluminis, ex eo dictus quod incidatur. Inciditur enim vel lapis vel terra, unde primum aqua ex flumine agi possit.*

Au reste, la loi 1re, §§ 7 et 8 du titre *De aqua quot. et æst.*, parle indifféremment des *rivi* qui viennent d'une source, et de ceux qui viennent d'une rivière, d'une fontaine, ou d'un lac : *Hæc interdicta,* dit cette loi, *ad eam aquam pertinere videntur quæ a capite ducitur, non aliunde. Caput aquæ illud est unde aqua nascitur : si ex fonte nascatur, ipse fons; si ex flumine vel lacu, prima incilia, vel principia fossarum, quibus aquæ ex flumine vel ex lacu in primum rivum communem pelli solent. Plane si aqua sudoribus manando in aliquem primum locum effluere, atque ibi apparere incipit, ejus hoc caput dicemus ubi primum emergit.*

Il fut pendant longtemps de principe, en droit romain, que *omnes servitutes prædiorum perpetuas causas habere debebant*[1]. D'où l'on concluait que les servitudes *aquæ ducendæ vel hauriendæ* ne pouvaient être constituées *nisi ex capite.*

Caput aquæ, c'était l'origine des cours d'eau : la fontaine, si l'eau sortait d'une fontaine; les travaux de dérivation, si l'eau venait d'une rivière; la source, si l'eau jaillissait du sol. Il y a là, on le voit, les petits cours d'eau naturels et les petits canaux artificiels.

Il ne faut donc pas s'étonner de trouver parmi les *rivi* la distinction du domaine public et du domaine privé : *Interdictum de rivis ad omnes rivos pertinet, sive in publico, sive in privato sint constituti* (D., L. 3, *De rivis*); car les canaux artificiels pouvaient être creusés dans un intérêt public, aussi bien que dans un intérêt privé; et s'ils avaient été creusés dans un

[1] D., lib. VIII, tit. 1, *De servit.*, L. 13.

Digitized by Google

intérêt public, le prince seul pouvait accorder, à leur préjudice, une servitude d'aqueduc : *Permittitur aquam ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco publico, ducere : id a Principe conceditur* (D., L. 1, *De rivis*).

En résumé, le droit romain distinguait les grands cours d'eau des petits, et déclarait publics tous ceux d'entre les grands qui étaient pérennes, sans avoir égard à leur innavigabilité. Il ne restait dans le domaine privé que les *flumina torrentia* dont le lit demeurait sec pendant une partie de l'année, les *rivi* naturels, et les *rivi* creusés par les particuliers dans leur intérêt personnel.

8. Notre ancien droit n'a livré que des incertitudes à ceux qui l'ont étudié au point de vue qui nous occupe. Rien n'autorise, néanmoins, à croire qu'il n'ait tenu aucun compte des principes du droit romain.

Que pouvait opposer le droit gallique au système rationnel de la législation romaine? Que pouvait le droit germanique en pareille matière?

On croit trouver des preuves dans les formules de Marculfe, dans les formules angevines, et plus tard dans la jurisprudence des *Olim*, et dans nombre d'autres textes que nous ne pouvons avoir l'intention de discuter ici. Les uns y voient la démonstration du droit de propriété des riverains; les autres y découvrent, au contraire, en s'aidant de Doublet (*Antiq. de Saint-Denis*), de Ducange (*Glossar.*), des Capitulaires, etc., que les cours d'eau appartenaient tous au roi.

Une observation, croyons-nous, enlève à ces textes une grande partie de l'importance qu'on voudrait leur attribuer.

Il est bien certain que, dans l'énumération des éléments de la propriété foncière, on rencontre ces expressions : *aquæ aquarumque decursus*, qui toujours se suivent et semblent se compléter l'une l'autre; mais faut-il conclure de ces expressions à la propriété privée de tous les cours d'eau? Faut-il croire que toutes les rivières sans exception, quelle que fût leur importance, appartenaient aux riverains? Ce serait déduire une conséquence bien large d'une prémisse bien étroite.

Que disent, en effet, les textes? Qu'il y a quelquefois, souvent si l'on veut, des eaux et des cours d'eau qui sont des dépendances des propriétés particulières. Mais le droit romain le disait aussi, et notre droit français le dit encore; et tout ce

Digitized by Google

qu'il est permis d'en conclure, c'est qu'une part était incontestablement faite à la propriété privée. Il ne faut donc pas voir dans les formules d'actes privés qui parlent d'eaux et de cours d'eaux la preuve de la propriété de tous les ruisseaux et de toutes les rivières.

Quand on ne tient aucun compte de la distinction que la loi et la nature des choses ont établie entre les rivières et les ruisseaux, quand on met sur la même ligne tous les cours d'eau non navigables ni flottables, il est permis d'accorder une grande valeur à un argument basé sur les formules dont nous parlons, car ces formules reconnaissent un droit à la propriété privée. Mais quand il n'est plus possible de contester la nécessité de cette distinction, quand le droit romain, notre ancien droit et le Code Napoléon se réunissent pour proclamer que cette distinction doit exister dans le droit parce qu'elle existe dans la nature, on est bien obligé de convenir que les formules de Marculfe n'ont plus la même valeur, car elles ne s'appliquent probablement qu'aux ruisseaux, et ne sont pas un argument au profit de la propriété privée de toutes les rivières non navigables ni flottables.

Les Capitulaires et les ordonnances protestent d'ailleurs contre une semblable interprétation, et établissent bien qu'une part était faite au roi, et que tout n'était pas abandonné à la propriété privée.

Peut-on affirmer, au reste, que le *decursus aquarum* des documents de cette époque est le cours d'eau dans son entier, et que cette expression désigne la réunion du lit et de l'eau courante? La jurisprudence des *Olim* elle-même ne semble-t-elle pas dire, en plus d'un passage, que l'on distinguait le lit de l'eau? (Voir tom. I, pag. 286, n° 10 : Procès entre le prieur de Longy et le chevalier de Paley sur la propriété de l'eau et du lit de la rivière, *aqua et riparia*, du moulin de Closelle, etc.).

Au surplus, quelle qu'ait été la doctrine pendant les premier temps de notre monarchie, ce qu'on ne conteste plus, c'est que le droit féodal en vint à peu près à la distinction romaine : les grands cours d'eau furent publics, les plus petits furent privés. Mais entre ces deux termes extrêmes les seigneurs créèrent à leur profit un terme moyen : les petites rivières ou les grands ruisseaux entrèrent dans leur apanage, principalement à raison de l'étendue de leurs seigneuries, qui

Digitized by Google

souvent les contenaient en entier, de la source à l'embouchure.

Ce qui est hors de doute, c'est que les feudistes ont adopté cette division tripartite, et ont attribué les fleuves et les grandes rivières au domaine public, les petites aux seigneurs hauts justiciers, et les ruisseaux aux riverains [1]. Ils ont même cherché à préciser une limite entre les rivières et les ruisseaux. Selon Loysel, les grosses rivières devaient avoir au moins 14 pieds de largeur, les petites 7, les ruisseaux 3 1/2.

9. Le droit intermédiaire ne donne lieu à aucun doute.

L'article 2 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790 place dans la domaine public les rivières navigables, et plusieurs autres lois rendues la même année, ou l'année précédente, attribuent à l'administration le soin et le pouvoir de veiller à la conservation des rivières et autres choses communes, d'assurer leur libre cours, et de diriger toutes les eaux du territoire vers un but d'utilité générale, d'après les principes de l'irrigation.

Ces diverses dispositions sont éclairées par le rapport lu le 23 avril 1791 par le député Arnoult, au nom des comités organisateurs institués à la suite du décret qui abolissait la féodalité :

« Passant à l'examen des cours d'eau ordinaires, disait ce « rapport, vos comités ont compris sous le nom de rivières « non navigables toutes celles qui, trop faibles pour servir le « commerce par des voies de transport, sont assez considé- « rables pour communiquer aux usines la puissance qui les « met en activité. Les cours d'eau qui, quoique pérennes, ne « peuvent servir à ce dernier usage, ne sont que de simples « ruisseaux, et *doivent former une classe particulière*, puisque « toutes les règles qui conviennent aux rivières ordinaires ne

[1] Ordonnance des eaux et forêts de 1669, tit. 26, art. 41. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. II, tit. 2, règ. 6 et 8. — Chopin, *Du domaine*, liv. I, tit. 15. — Lebret, *De la souveraineté*, liv. IV, ch. 15. — Salvaing, *De l'usage des fiefs*, ch. 37. — Henrys, t. II, liv. III, quest. 5 et 6. — Bacquet, *Des droits de justice*, ch. 30. — Pocquet de Livonnière, *Règ. du droit français*, liv. II, tit. 5, ch. 4, art. 2. — Coquille sur la *Coutume de Nivernais*, chap. 16, art. 1. — Laroche, *Traité des droits seigneuriaux*, chap. 17, art. 1. — Boissieu, *Traité des fiefs*, ch. 37 et 60. — Loyseau, *Traité des seigneuries*, ch. 12. — Boutaric, *Inst.*, liv. II, tit. 1. — Serres, *Inst.*, liv. II, tit. 1. — Basnage, *Coutume de Normandie*, art. 206. — Bouteiller, *Somme rurale*, tit. 75. — Duparc-Poullain, t. II, p. 398. — Despeisses, tit. 5, sect. 9. — Etc., etc.

Digitized by Google

« peuvent leur être également appliquées. Cette *distinction* « nous a paru *nécessaire* pour ne pas confondre dans le lan- « gage de la loi trois sortes de cours d'eau, qui, dans plusieurs « idiomes, n'ont pas reçu de *limites bien déterminées*.

« Ainsi, nécessaires aux besoins de tous, les rivières, non « plus que les fleuves, ne peuvent être la propriété d'un seul. « Envahies par les seigneurs justiciers, au même titre et de la « même manière que les fleuves navigables, comme eux elles « doivent rentrer dans les mains de la nation ; elles ne peuvent « pas même appartenir à une communauté d'habitants, puis- « qu'elles formeraient alors une propriété particulière et spé- « ciale ; or, toute possession exclusive est incompatible avec « les vues que la nature s'est proposées en établissant l'union « des sociétés sur la communauté des éléments. »

Nous ne sommes plus séparés du Code civil que par les divers essais qui le précédèrent, et qui agitèrent tous la question de la propriété des petits cours d'eau.

Un premier projet, celui de Cambacérès, lu le 6 août 1793 à la Convention, ne plaçait parmi les biens nationaux que les rivières navigables. Il fut amendé, et l'on remplaça cette expression : les rivières navigables, par celles-ci : les rivières tant navigables que non navigables.

Un autre projet, celui de Cambacérès et de Merlin, présenté en l'an II au conseil des Cinq-Cents, déclarait biens nationaux les rivières tant navigables que non navigables, sous la réserve du droit qu'avaient les riverains d'user des eaux des rivières non navigables.

10. Est-il possible d'admettre, après de semblables préliminaires que le Code Napoléon a pu demeurer muet sur des questions qui préoccupaient à si juste titre les législateurs antérieurs? Aucun doute, à cet égard, ne nous semble permis. La distinction entre rivières et ruisseaux subsiste; mais elle a subi une heureuse transformation dont il importe de tenir compte.

Les Romains avaient distingué entre les *flumina* et les *rivi*, et leur distinction était passée dans notre ancien droit entre les expressions, à peu près correspondantes, *rivières* et *ruisseaux*. Mais l'intervention des seigneurs ayant créé une troisième catégorie de cours d'eau, deux expressions se trouvèrent employées à désigner trois choses, et l'arbitraire qui présida

Digitized by Google

à ces appellations leur enleva toute signification juridique. Un cours d'eau moyen, dépendant d'une seigneurie, put être appelé ruisseau par les uns et rivière par les autres. Il devint impossible de distinguer par une appellation différente les grands ruisseaux des petites rivières. Et quand les rédacteurs du Code se trouvèrent en présence d'une situation aussi confuse, ils prirent le seul parti possible : ils supprimèrent les appellations qui n'avaient plus un sens juridique fixe et certain, et ils établirent leurs distinctions, non plus sur des noms, mais sur la nature des choses.

Il ne faut donc pas chercher dans le Code cette expression de *ruisseaux*, que le droit féodal a usée, et qui n'a plus, dans notre langue, un sens assez nettement déterminé pour que le texte de la loi puisse l'employer. Les rédacteurs du Code l'ont proscrite.

Trois classes de cours d'eau sont nettement accusées.

La première comprend les rivière navigables et flottables, que l'article 538 considère comme des dépendances du domaine public ;

La seconde comprend les rivières non navigables ni flottables, dont il est parlé dans les articles 556 et suivants, et sur lesquelles les riverains n'ont que des droits limités et spécialement déterminés par une sorte d'énumération qu'il n'est pas possible d'étendre;

La troisième comprend les plus petits cours d'eau qui ne méritent pas le nom de rivières, et que les articles 640 et suivants appellent simplement eaux courantes, et représentent comme sillonnant à titre de servitude les propriétés situées sur leur parcours jusqu'à la rivière voisine.

Comme on le voit, l'idée de servitude est devenue la base de notre distinction. Il n'est nullement question de ruisseaux dans le Code.

Est-ce à dire que nous devons, comme la loi, bannir cette expression, et qu'elle doit disparaître du langage juridique? Non évidemment; rien ne s'oppose à ce que cette expression soit employée, en restreignant le sens trop large et trop indéterminé qu'elle a pris dans le langage ordinaire, et en ne l'appliquant qu'aux eaux courantes dont parlent les articles 640 et suivants. La loi ne peut admettre dans son texte une expression vague; mais le langage juridique peut employer cette

Digitized by Google

même expression en ne lui donnant que le sens indiqué par la loi.

Au reste, précisons le point exact de démarcation que le Code a fixé entre les rivières et les ruisseaux, afin de déterminer d'une manière plus certaine la signification qui doit être donnée à ces expressions dans notre droit.

11. C'est, à notre avis, la plus grande difficulté que présente la matière des petits cours d'eau.

Interrogeons sommairement, à cet égard, la doctrine romaine, les écrits des feudistes, la législation intermédiaire, la jurisprudence de nos Cours et les dispositions de notre Code.

12. Le droit romain, nous l'avons dit, distinguait entre les *flumina* et les *rivi*, comme aussi entre les *flumina publica* et les *flumina privata*.

La dernière de ces distinctions ne donnait lieu à aucun embarras, puisqu'elle dépendait de la pérennité du cours d'eau. Si le *flumen* était *perennis*, la loi romaine le déclarait public, s'il était *torrens*, il demeurait privé. Or il était toujours facile de savoir si un cours d'eau était pérenne ou intermittent, si l'écoulement était constant, ou ne s'opérait que pendant l'hiver. La distinction entre les *flumina publica* et les *flumina privata* avait donc une base certaine dans le fait, facile à vérifier, de la pérennité du cours d'eau.

Mais l'embarras était plus grand quand il fallait distinguer les *flumina* des *rivi*, et la loi romaine l'atteste elle-même : *Flumen*, disait-elle, *a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium*.

En premier lieu, c'est à l'importance du cours d'eau que l'on doit s'attacher pour le ranger dans l'une ou l'autre des deux classes; mais cette vague indication, quoique précisant bien le sens de la distinction, ne suffit pas pour résoudre les divers cas qui peuvent se présenter, et pour assigner une place aux cours d'eau d'une importance moyenne, et il serait souvent difficile de savoir, avec cette seule donnée, si le cours d'eau proposé ne serait pas trop grand pour être rangé parmi les *rivi*, ou trop petit pour être placé parmi les *flumina*. La ligne de démarcation demeurait incertaine.

Mais un second élément venait se joindre au premier pour lui donner plus de précision, et la loi déclarait que lorsque le cours d'eau n'était ni très-grand ni très-petit, en telle sorte

Digitized by Google

qu'il ne pût être classé facilement et de prime abord parmi les *flumina* ou parmi les *rivi*, on devrait s'en rapporter à l'appréciation des voisins, à l'opinion locale, à la notoriété publique. Considérait-on, dans la contrée, le cours d'eau comme un *flumen*, ou comme un *rivus?* Lequel de ces deux noms lui donnait-on dans le langage ordinaire? Quelle était l'opinion commune? Telles étaient les questions que l'on devait se poser, et nous sommes obligés de reconnaître, en tenant compte des principes particuliers du droit romain, qu'elles suffisaient à peu près toujours pour amener une solution.

Au reste, cette question était loin d'avoir l'importance qu'elle a acquise dans notre droit. Si les *rivi* étaient privés, les plus petits *flumina* l'étaient souvent aussi, parce que leur lit se desséchait en été, et la distinction n'avait d'intérêt qu'entre les cours d'eau à écoulement constant; or les *rivi* naturels devaient être rarement pérennes, et les cas difficiles ne pouvaient être fréquents. La pérennité résolvait, à elle seule, le plus grand nombre des difficultés qui pouvaient se présenter sur la question de savoir si un cours d'eau était public ou privé.

13. Notre ancien droit fut peut-être moins bien inspiré, ou plutôt les circonstances dans lesquelles il se trouva placé ne lui permirent pas d'arriver à une théorie préférable. L'intervention des seigneurs compliqua la question, au lieu d'aider à la résoudre; l'arbitraire venait toujours un peu à leur suite, et il n'était pas commode de fixer des limites bien définies à leurs droits.

La pérennité, qui, dans le droit romain, résolvait le plus grand nombre des cas, était devenue impuissante. Excellente pour faire part à deux, elle ne pouvait servir dans un partage à trois. Elle était même, en pareil cas, inadmissible, et la force des choses la supprima. Il importa peu qu'un cours d'eau fût ou non pérenne. Les seigneurs avaient pris un peu partout.

L'*existimatio circumcolentium* n'était ni facile à établir, ni facile à constater. Elle était d'ailleurs pleinement incompatible avec les principes du droit féodal, et l'on ne songea jamais à en exciper ou à s'en prévaloir.

Les appellations elles-mêmes ne résistèrent pas au désordre que les seigneurs apportèrent dans la matière des eaux. Les expressions *rivières* et *ruisseaux* avaient, en quelque sorte,

Digitized by Google

traduit les mots *flumina* et *rivi;* mais que pouvaient deux mots pour désigner trois choses? Les cours d'eau moyens, apanage des seigneurs, s'appelèrent tantôt ruisseaux, tantôt rivières. Ces appellations n'eurent plus une signification exactement définie. En droit romain, quand il était établi que dans la contrée le cours d'eau portait le nom de *rivus*, on avait un élément certain d'appréciation. Mais il ne put en être de même dans notre ancien droit. Tel cours d'eau que l'on appelait arbitrairement rivière, était quelquefois beaucoup moins important que tel autre qu'arbitrairement aussi on appelait ruisseau. Le même cours d'eau souvent fut appelé ruisseau par les uns et rivière par les autres. Le langage reçu, la commune renommée, l'opinion locale, la notoriété publique ne purent plus être d'aucune utilité, et, de tous les éléments de distinction du droit romain, les feudistes ne retinrent que celui qui prenait sa base dans l'importance du cours d'eau.

Cet élément de distinction, néanmoins, employé seul était si vague, et laissait les limites tellement indéterminées, que l'on dût chercher des moyens de précision, et naturellement on fut amené à fixer des largeurs. On hasarda des chiffres; on essaya de se mettre d'accord; tous les efforts aboutirent mal; la question demeura, pour ainsi dire, sans solution.

14. Notre droit moderne a eu la tâche plus facile. L'abolition de la féodalité a permis aux jurisconsultes de reprendre les traditions de la doctrine romaine. Il a fallu, néanmoins, tenir compte des faits accomplis et de la différence des temps.

La pérennité s'était perdue à travers le moyen âge, fallait-il la ressusciter? Elle avait été amenée dans la matière des eaux par le principe des causes perpétuelles, qui fut longtemps considéré, à Rome, comme essentiel et fondamental en matière de servitudes : *Nulla alia aqua duci potest*, disait Ulpien, *nisi quæ perennis est*[1]; et Paul ajoutait : *Omnes servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno, concedi aquæductus potest*[2]. Mais cette règle des causes perpétuelles avait été abrogée sous le règne des Antonins, et notre droit n'en avait conservé aucune empreinte. La pérennité ne pouvait donc plus avoir aucune importance

[1] D., *De aquâ quot. et æst.*, L. 1, § 5.
[2] D., *De servitut.*, L. 28.

Digitized by Google

dans les distinctions à établir parmi les cours d'eau. D'un autre côté, des rivières d'une certaine largeur peuvent être à sec, en été, pendant que de faibles sources, résistant à toutes les chaleurs, et alimentées par des nappes souterraines puissantes, entretiennent dans d'étroits ruisseaux des filets pérennes d'eau vive. Ainsi, non-seulement la pérennité n'avait plus son ancienne raison d'être, mais encore elle se trouvait en opposition avec les principes nouveaux.

Quant aux appellations de rivières et de ruisseaux, elles avaient été employées avec un tel désordre, que l'on ne pouvait plus reconnaître en elles les *flumina* et les *rivi* de la jurisprudence romaine. Ces deux expressions en étaient venues à s'employer souvent indifféremment pour désigner un même cours d'eau d'importance moyenne. Il ne fut donc plus utile de s'enquérir du nom que portait le cours d'eau, pour le ranger dans l'une ou l'autre des catégories que nous avons indiquées.

Enfin nos législateurs se trouvaient dans une situation diamétralement opposée à celle des jurisconsultes romains.

Ceux-ci avaient trouvé dans le langage ordinaire une distinction basée sur la nature des choses, et nettement précisée par deux mots dont le sens était exactement déterminé. Les cours d'eau que l'usage avait appelés *flumina* furent seuls considérés comme utiles au public lorsqu'ils étaient pérennes; les autres, appelés d'un autre nom parce qu'ils ne présentaient pas ce degré d'utilité, furent abandonnés aux particuliers. La jurisprudence n'avait eu qu'à suivre la langue dans ses distinctions reçues et basées sur la nature des choses.

Chez nous, il en était autrement : le langage avait perdu toute sa valeur; les appellations, devenues vagues, n'offraient aucune base solide à la loi, et cette base désormais ne pouvait plus se trouver que dans un principe.

Or ce principe devait être étranger à l'importance du cours d'eau, car l'importance, la *magnitudo* de la loi romaine, ne peut être une raison suffisante pour attribuer ou pour enlever la propriété aux riverains. L'utilité publique d'un cours d'eau, utilité qui peut motiver son attribution au domaine public, ne dépend pas exclusivement de son importance ou de sa largeur. D'un autre côté, les droits privés ne peuvent être à la merci d'une déclaration arbitraire d'importance. C'est la nature des

Digitized by Google

choses qui doit présider à la formation du domaine public et du domaine privé.

Au reste, même à Rome, et peut-être sans que tous les jurisconsultes s'en soient exactement rendu compte, l'importance du cours d'eau n'était que la base apparente de la distinction entre les *flumina* et les *rivi*. La base vraie, comme nous le démontrerons bientôt, résidait dans le caractère privé du sol sur lequel coulait l'eau des *rivi* naturels.

Tel fut, à peu près, le fondement de la distinction qu'adopta notre Code, et qu'il tira de la nature des choses bien plus qu'il ne l'emprunta au droit ancien. Il ne paraît pas, en effet, que les rédacteurs du Code aient eu l'intention de suivre sur ce point les principes du droit romain; ils arrivèrent néanmoins à des résultats analogues.

Notre législation laisse aux riverains inférieurs la propriété du sol sur lequel ils reçoivent, à titre de servitude, l'eau qui découle d'une source supérieure, et veut qu'au point où la servitude finit, le lit du cours d'eau devienne *res nullius*, comme l'eau courante. Tout se borne donc, pour nous, à fixer le point précis où la servitude s'éteint, et où l'eau, abandonnant les propriétés particulières qui devaient lui fournir passage, arrive à une sorte de réservoir commun, ou plutôt d'exutoire commun.

Il ne s'agit plus, comme on le voit, de l'importance du cours d'eau, ni de sa pérennité, ni de son appellation. Le domaine public s'est constitué; l'État a pris dans son domaine les rivières navigables et flottables; et, s'il n'a pas cru devoir s'approprier les autres, il ne les a pas non plus abandonnées aux riverains : il s'est borné à leur donner taxativement quelques droits utiles, en réservant l'administration et la police. Les riverains n'ayant, dès lors, aucun droit de propriété à prétendre sur les cours d'eau servant de réservoirs communs aux mille ruisseaux qui viennent des mille sources dispersées dans une même vallée, et n'étant reconnus propriétaires que des terrains sur lesquels ils fournissent un passage aux eaux descendant des sources vers les réservoirs communs, il ne s'est plus agi que de savoir où finissait la servitude et où commençait la rivière.

Or la loi ne pouvait s'en rapporter, sur ce point, qu'à l'appréciation des tribunaux.

Digitized by Google

Des principes généraux étaient, en effet, difficiles à établir. Chaque cas peut comporter une solution différente. Mille circonstances peuvent faire varier le point où cesse la servitude et où commence le cours d'eau public. Il y a cependant quelques considérations qui peuvent aider à résoudre le problème.

Tant que l'eau de la source coule seule sur les propriétés inférieures, courant à la rencontre d'autres eaux venant d'autres sources, elle est incontestablement en terrain privé.

Quand, avant de sortir du vallon où elle a pris naissance, elle rencontre l'eau venant d'une source voisine, réunies dans un même lit, elles coulent encore en terrain privé; car toutes les eaux du vallon doivent en sortir pour aller dans la vallée former ou rejoindre un cours d'eau public, réservoir commun des eaux de tous les vallons.

D'autres eaux viendront se joindre aux premières. Où cessera la servitude? Où commencera le cours d'eau public? La solution de cette question dépend d'une foule de circonstances locales. Néanmoins, nous croyons pouvoir formuler la règle générale suivante :

Tant que le propriétaire inférieur connaît les sources et les propriétés auxquelles son fonds est assujetti; tant qu'on peut désigner clairement, facilement, le fonds servant et les fonds dominants; tant que les relations ordinaires de fonds servant à fonds dominant sont connues dans la contrée, il y a servitude, et l'on se trouve en terrain privé.

Mais quand les voisins et les propriétaires inférieurs eux-mêmes ne savent plus au juste, et d'une manière claire et précise, d'où viennent les eaux; quand il y a embarras pour désigner les fonds dominants, soit à raison du nombre, soit à raison de la distance, il ne saurait y avoir servitude ni propriété privée; le cours d'eau est un réservoir commun échappant à la propriété des riverains.

En définitive, la question n'est pas toujours aussi difficile à résoudre qu'on pourrait le croire au premier abord.

Quand on remonte un cours d'eau qui est incontestablement, et de l'aveu de tous, une rivière, on rencontre beaucoup d'affluents.

Les uns, et c'est le plus grand nombre, peu importants et assez courts, sortent de vallons peu profonds, échelonnés sur

Digitized by Google

le parcours de la rivière, et ne sont que de simples ruisseaux, dans le sens indiqué par notre Code.

D'autres, sortant de gorges plus profondes, sur lesquelles s'ouvrent un plus ou moins grand nombre de petits vallons, amènent assez d'eaux et viennent d'assez loin pour rendre difficile la solution de la question de servitude. Mais ce cas est le seul que les tribunaux aient à résoudre.

D'autres enfin, en plus petit nombre encore, formés dans des subdivisions de la vallée principale, arrivent de loin avec une importance à peu près égale à celle de la rivière, en telle sorte qu'il y a pour ainsi dire bifurcation. Et de bifurcation en bifurcation on arrive, au fond des vallées, à des cours d'eau semblables à ceux dont nous avons parlé dans le paragraphe précédent.

Une rivière est donc, en droit, un cours d'eau qui commence, non à une source, car les sources appartiennent aux fonds sur lesquels elles naissent, mais à la jonction de deux ruisseaux devenus importants. C'est une sorte de corps sans tête, un réservoir général, un cours d'eau collecteur, et toute la difficulté consiste à savoir si les cours d'eau latéraux qui viennent se jeter dans ce canal collecteur sont eux-mêmes d'autres collecteurs d'un ordre inférieur, ou de simples ruisseaux formés par servitude sur les propriétés riveraines. Pour résoudre cette difficulté, il faut remonter vers les sources, et rechercher, en s'aidant des circonstances locales et des indications dont nous avons parlé, si l'affluent n'est que le résultat d'une servitude s'exerçant au profit de fonds supérieurs connus et déterminés.

Si de ces considérations générales nous remontons aux deux arrêts que nous avons cités, nous remarquerons qu'ils ont nettement posé le principe de la distinction à établir entre les rivières et les ruisseaux, mais qu'ils laissent beaucoup à désirer quant à la fixation de la ligne de démarcation qui doit délimiter d'une manière certaine les deux classes de cours d'eau.

Le principe de la distinction, d'abord, est nettement posé, et les deux arrêts le déduisent de la jurisprudence romaine, de notre ancien droit, du Code Napoléon et de la nature des choses. C'est avec raison surtout que l'arrêt de la Cour d'Agen reconnaît deux significations à l'expression *rivières non navi-*

Digitized by Google

gables ni flottables : l'une générale, comprenant rivières et ruisseaux; l'autre spéciale, ne comprenant pas ces derniers cours d'eau. C'est avec raison encore qu'elle n'attribue que ce dernier sens spécial aux articles 556 et suivants du Code Napoléon. Mais ces deux arrêts laissent à désirer en ce qui concerne la détermination des caractères que doit présenter un cours d'eau pour être rangé dans l'une ou l'autre des deux catégories.

La notoriété locale, le nom donné au cours d'eau dans le pays, sa faible largeur, son parcours restreint, etc., sont autant de motifs invoqués dans la mesure de l'action qu'ils peuvent exercer. On n'aperçoit peut-être pas assez, néanmoins, la raison capitale, la question de servitude.

Ces deux arrêts n'en sont pas moins précieux, car ils indiquent à la doctrine la voie qu'elle doit suivre pour arriver à une solution satisfaisante de la question si controversée de la propriété des petits cours d'eau.

La difficulté, aujourd'hui, n'est plus la même que celle qui préoccupa les jurisconsultes romains et les feudistes.

Pour eux, il s'agissait d'établir l'importance, et l'on comprend que la longueur du parcours, la largeur du lit, le volume des eaux, l'appellation, etc., pouvaient paraître avoir une grande valeur comme éléments d'appréciation.

Mais pour nous, qui nous basons sur l'idée de servitude, afin de fixer les limites de la propriété privée, les éléments dont nous parlons ne peuvent avoir le même mérite. Nous ne pouvons les apprécier, au reste, au même point de vue.

La largeur du cours d'eau mesurait assez bien son importance sous un certain rapport; mais cette considération perd beaucoup de sa valeur si nous l'employons seulement à déterminer la limite de la servitude. La largeur, en effet, dépend surtout, à l'origine, de l'abondance des sources, et tel ruisseau est plus large à sa naissance, en terrain privé, que tel autre après un long parcours. Ne voit-on pas des sources assez abondantes pour mettre en jeu des usines?

Les ruisseaux, d'ailleurs, ne doivent pas leur largeur aux sources seulement : ils sont chargés d'écouler aussi les eaux des pluies, et il arrive quelquefois qu'un vallon assez important possède un grand lit pour les eaux des pluies, bien qu'il n'ait pour ainsi dire aucune source.

Digitized by Google

La longueur du parcours, qui servait autrefois moins que la largeur à apprécier l'importance du cours d'eau, a pris aujourd'hui le pas sur elle, car c'est surtout par l'éloignement et la multiplication des sources que l'on peut juger de la cessation de la servitude.

Les appellations n'ont aucune valeur, puisque le langage ordinaire ne leur donne pas le seul sens que la loi permette de leur attribuer.

La notoriété locale conserve, à notre avis, un rôle considérable, non plus pour établir comme autrefois le nom et l'importance du cours d'eau, mais pour indiquer si les relations de fonds dominant à fonds servant persistent ou n'existent plus, et s'il y a, ou non, servitude.

L'existence d'usines, qu'invoquait le rapport du député Arnould, ne nous paraît pas, au contraire, avoir une grande importance au point de vue du système adopté par le Code Napoléon. Ne voit-on pas des usines parfois sur la propriété même où naît la source? N'en voit-on pas souvent avant que l'eau soit sortie du vallon pour aller se jeter dans la rivière voisine?

La Cour d'Agen a parlé, dans son arrêt, d'un classement fait par l'autorité administrative, mais nous ne nous arrêterons pas à ce moyen qui ne s'explique pas. Aucune loi n'attribue à l'administration le droit de faire des classements de cette nature. C'est d'ailleurs des tribunaux, et non de l'administration, que relève la propriété privée.

2. — *Distinction entre les ruisseaux coulant chez les propriétaires de la source, et les ruisseaux coulant chez les propriétaires inférieurs.*

SOMMAIRE.

15. Arrêts qui établissent cette distinction.
16. Cours d'eau compris dans la première catégorie.
17. Cours d'eau compris dans la seconde.

15. La jurisprudence ne s'est pas bornée à distinguer les ruisseaux des petites rivières non navigables ni flottables, elle a établi deux catégories parmi les ruisseaux eux-mêmes, ou plutôt elle a indiqué des différences dans les droits de leurs riverains.

Digitized by Google

Un ruisseau, à son origine, coule d'abord sur la propriété à laquelle appartient la source, et se jette, après un parcours plus ou moins long, sur les propriétés inférieures.

Or les tribunaux ont toujours distingué entre ces deux tronçons d'un même cours d'eau, et n'ont pas appliqué à la partie située sur la propriété où naît la source, les mêmes règles qu'à la portion creusée sur les propriétés inférieures.

Aucun des nombreux arrêts rendus à ce sujet n'indique mieux la distinction dont nous parlons que celui de la Cour de cassation, du 28 mars 1849, rendu dans l'espèce suivante :

Le propriétaire d'un champ inférieur, traversé par un cours d'eau, se rendit acquéreur du terrain sur lequel naissait la source, et prétendit avoir pour le champ inférieur le même droit absolu à la propriété de l'eau que pour le champ supérieur. La Cour repoussa cette prétention et déclara que la propriété où naît la source et les propriétés inférieures sont loin d'être dans la même situation, qu'il existe entre les droits de l'une et des autres des différence considérables, et que les deux champs dont il était question n'avaient pas les mêmes droits sur le cours d'eau.

« Attendu, dit l'arrêt, qu'il est reconnu et déclaré constant, « en fait, par le jugement attaqué, que la demanderesse, pro- « priétaire d'un héritage traversé par les eaux de la source « dont il s'agit au procès, est ensuite devenue propriétaire de « l'héritage même où cette source prend naissance, mais que « ces deux héritages sont séparés par un chemin vicinal, et « que les eaux de la source, en traversant ce chemin, y ali- « mentent un lavoir avant de couler sur le fonds inférieur ;

« Attendu qu'il suit de ces faits que les deux héritages de « la demanderesse ne sont pas contigus, et qu'elle-même, dès « lors, n'a pas sur les eaux de la source un droit égal et indi- « visible ; que si, comme propriétaire du fonds où naît la « source, elle peut, par des travaux entrepris sur ce fonds, « exercer sur la source tous les droits que lui confère l'ar- « ticle 651 du Code civil, elle n'a plus, comme propriétaire du « fonds inférieur, à exercer dans ce fonds que les droits d'un « simple riverain ; » etc., etc.

Un autre arrêt de la même Cour, du 22 mai 1854, établit encore la même distinction, et précise mieux toute l'étendue des droits attribués au propriétaire de la source, et à ceux qui ont

Digitized by Google

titre ou prescription pour prétendre à la copropriété de l'eau :

« Attendu, dit cet arrêt, que, dans leur rapport avec le droit « de propriété, les eaux sont, à leur source dans le domaine « du propriétaire du fonds sur lequel elles coulent, et que le « maître du fonds a le droit d'en jouir et disposer de la ma- « nière la plus absolue ; que ce droit de propriété des eaux « comprend nécessairement le droit de les transmettre aux « tiers, en tout ou en partie ; qu'il importe peu que l'acquéreur « ou le cessionnaire soit ou non voisin immédiat du propriétaire « de la source, pourvu que dans le dernier cas l'acquéreur « obtienne le passage sur le terrain intermédiaire ; que le pre- « mier acquéreur ainsi nanti du domaine plein des eaux peut « à son tour le transmettre à un second acquéreur, et ainsi de « suite ;

« Attendu que ces règles reçoivent exception au cas où les « eaux ont été volontairement abandonnées à la communauté « irrigative ; qu'elles prennent alors le caractère d'eau pu- « bliques et courantes, et que la loi crée, en ce cas, en faveur « des riverains, des droits qui modifient ceux du propriétaire « primordial ; qu'il en est de même lorsque, par le résultat des « conventions, ou par une jouissance qualifiée par la loi, les « propriétaires inférieurs se sont approprié sur les eaux une « jouissance privative à laquelle on ne peut porter atteinte ; » etc.

Ces arrêts donnent lieu à deux observations :

16. Ils établissent d'abord qu'il faut comprendre dans la première catégorie, non-seulement le cours d'eau depuis la source jusqu'à la limite de la propriété sur laquelle elle naît, mais encore tout le parcours sur les propriétés inférieures qui ont des droits acquis sur l'eau par titre ou par prescription. Ces propriétaires inférieurs, en effet, en acquérant leur servitude sur le fonds où naît la source, deviennent copropriétaires de l'eau ; en telle sorte que l'acquisition d'une servitude sur un fonds se résout pour eux en une appropriation partielle du produit de la source. L'eau devient, dans ce cas, une propriété commune, et une action en partage peut être intentée pour la faire diviser entre les ayants droit. Mais il n'y a pas lieu de distinguer, au point de vue de la propriété du cours d'eau, entre deux situations qui sont identiques en ce sens que les ayants droit dont nous parlons sont propriétaires du lit et de l'eau courante, comme le propriétaire de la source lui-même.

Digitized by Google

Il peut même arriver qu'un petit cours d'eau tout entier, depuis sa source jusqu'à son embouchure, coule sur des terrains ayant des droits acquis à la propriété de l'eau, soit en vertu de titres, soit par suite de travaux de prise d'eau exécutés depuis un temps immémorial au profit des fonds inférieurs sur les fonds supérieurs.

17. Les deux arrêts que nous venons de rapporter établissent, en outre, que les droits des riverains sont loin d'être les mêmes sur les deux catégories de ruisseaux ; et c'est même sur cette différence que s'appuie la distinction dont nous parlons. Or les droits du propriétaire de la source et de ceux qui, par l'effet de servitudes acquises, sont devenus copropriétaires de l'eau, consistent dans la pleine propriété du cours d'eau. Les droits des inférieurs qui ne reçoivent l'eau qu'à titre de servants, sans avoir aucun droit de propriété acquis sur elle, doivent être nécessairement moins étendus, et les arrêts affirment, en effet, qu'ils sont plus restreints. Les riverains inférieurs ne sont donc pas propriétaires du ruisseau. S'ils l'étaient, en quoi leur situation différerait-elle de celle des copropriétaires de l'eau qui naît de la source? Les riverains qui reçoivent l'eau à titre de servitude n'en sont donc pas propriétaires. Nous verrons dans le paragraphe suivant quelle est l'étendue de leurs droits.

Nous n'avons pas besoin d'insister sur la distinction qui nous occupe. Elle a pu être négligée par les auteurs, mais elle n'a jamais été contestée. Le droit romain l'avait établie comme notre Code, et il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux textes relatifs à la servitude d'aqueduc et à l'interdit *de aqua quotidiana et æstiva*.

La différence la plus frappante que l'on puisse constater à cet égard entre le droit romain et le Code Napoléon, consiste dans la facilité avec laquelle on pouvait, à Rome, acquérir un droit de copropriété sur l'eau. Il suffisait du simple usage, tandis que, chez nous, la jurisprudence exige des travaux apparents exécutés sur le fonds qui fournit l'eau. Les lois 2, 3, 10 et 26 du Digeste, liv. VIII, tit. 1, nous enseignent que la prescription, en ce cas, était facilement acquise.

Néanmoins, et comme correctif, on ne permettait jamais que la propriété dans laquelle naissait la source demeurât en souffrance, et les voisins, malgré leurs droits acquis, devaient,

Digitized by Google

en cas d'insuffisance, laisser le fonds servant se servir le premier. C'est ce qu'atteste la loi 6 du Code (*de servitutibus*) : *Præses provinciæ usu aquæ quam ex fonte juris tui profluere allegas contra statutam consuetudinis formam carere te non permittet, cum sit durum et crudelitati proximum, ex tuis prædiis aquæ agmen ortum, sitientibus agris tuis, ad aliorum usum vicinorum injuria prorogari.*

On voit que les jurisconsultes romains cherchaient à concilier, comme le veut notre Code, les intérêts de l'agriculture avec le respect dû à la propriété.

Non-seulement il n'existe aucune difficulté sur le principe même de la distinction dont nous parlons, mais encore on ne peut éprouver aucun embarras, dans la pratique, pour fixer une limite certaine entre les deux catégories de ruisseaux. Il est toujours facile de voir où finit le droit à la propriété de l'eau, et où commence ce que l'arrêt du 22 mai 1854 appelle la communauté irrigative, ce que la loi appelle la servitude d'écoulement. D'ailleurs, c'est au propriétaire inférieur à prouver, par titres ou par prescription, les droits qu'il allègue à la propriété de l'eau : s'il les prouve, la limite descend au-dessous de son fonds ; s'il ne les prouve pas, il ne saurait les avoir, et le cours d'eau se trouve, chez lui, en terrain de servitude.

La distinction qui va suivre nous apprendra quels sont, dans ce dernier cas, les droits du riverain sur le cours d'eau.

LATREILLE.

(*La fin à une autre livraison.*)

Digitized by Google

DE L'OBLIGATION DES ÉPOUX D'HABITER ENSEMBLE.

MOYENS DE FAIRE OBSERVER CE DEVOIR. — INFRACTIONS. — SANCTION. SÉPARATION DE CORPS, ETC.

Par M. N. M. Lesenne, avocat, docteur en droit.

LE REFUS PERSÉVÉRANT DU MARI DE RECEVOIR SA FEMME, OU BIEN LE REFUS DE L'ÉPOUSE D'HABITER AVEC SON MARI, PEUT-IL CONSTITUER UNE INJURE GRAVE DE NATURE A ENTRAÎNER LA SÉPARATION DE CORPS? ET D'ABORD L'ACTION EN SÉPARATION EST-ELLE LA SEULE VOIE LÉGALE POUR FAIRE CESSER L'HABITATION COMMUNE?

C'est assurément une règle d'ordre public que celle consacrée par l'article 214 du Code Napoléon, suivant lequel « la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider; le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. » Pour l'observation de cette règle, qui est l'égide de la famille, on est naturellement porté à croire qu'il n'y a que la séparation de corps qui puisse dégager les époux de ces devoirs réciproques; on y croit davantage en présence des articles 877 et 878 du Code de procédure, qui veulent que, préalablement à toute action en séparation de corps, les deux époux comparaissent en personne devant le président du tribunal, qui leur fera les représentations propres à opérer un rapprochement, et en cas de non-conciliation autorisera la femme à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties seront convenues ou qu'il indiquera d'office; puis cette croyance devient une conviction devant les articles 268 et 269 du Code Napoléon, qui, étendus à la séparation de corps par la jurisprudence, disposent que, durant l'instance, le tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider, qu'elle devra justifier de sa résidence dans cette maison toutes les fois qu'elle en sera requise, qu'à défaut de cette justification le mari pourra refuser la pension alimentaire, et faire déclarer la femme demanderesse non recevable à continuer ses poursuites. Comment d'ailleurs croire que les époux aient une autre voie que celle de la séparation pour se dégager de l'ha-

Digitized by Google

bitation commune, quand on considère que le mariage est l'union légale de deux individus; on ne comprend pas que ces deux individus se séparent à leur gré, on comprend au contraire que le législateur ait édicté des formalités particulières, tracé des règles fixes, qui sont la garantie des époux, des enfants et de la société, et sans l'observation desquelles cette union ne pourra être rompue.

Nous aussi croyons fermement que la séparation de corps judiciaire est le seul moyen légal pour les époux d'habiter séparément, et qu'en dehors de cette action ils ne peuvent pas se refuser à la vie commune : nous ne voyons aucune place pour le doute en présence de la gravité du sujet et des documents législatifs qui ont éclairé les divers projets sur les titres *du Divorce* et *de la Séparation de corps*[1]. — Néanmoins cette opinion, quelque puissante, quelque universelle qu'elle soit, rencontre une grave objection tirée de ce qu'elle tend à forcer indirectement un époux à demander la séparation de corps même contre son gré, puisqu'il n'aurait que cette ressource pour se soustraire à l'habitation commune devenue insupportable; et l'on en conclut que deux époux peuvent toujours faire juger leurs griefs par une action ordinaire, selon le droit commun. — Ils sont, dit-on dans ce système, libres, absolument libres de ne pas demander la séparation; le droit d'exercer cette action leur confère une faculté réciproque dont ils peuvent ne pas user; ainsi le veulent l'humanité et la liberté individuelle, principe fondamental de toute législation et de toute justice; il faudrait au moins un texte précis pour obliger de recourir à la séparation de corps celui des deux époux qui prétendrait avoir un motif légitime pour ne pas habiter en commun, et le texte de l'article 878 qu'on invoque est loin d'avoir cette signification : en exigeant que, préalablement, la femme soit autorisée par le président à se retirer provisoirement dans une résidence séparée, cet article régit uniquement la séparation, il a été édicté en prévision de ce cas, sa disposition ne saurait être étendue à un autre. Remarquons d'ailleurs, ajoutera-t-on, que l'article 878 ne renferme point de prohibition; cet article se borne à déterminer la mission par-

[1] Locré, t. IV, p. 393; p. 395, III, 32; t. V, p. 153, IV, 22; p. 251, IX, 6; p. 309, XI 29; Sirey, t. VI, p. 868; Dalloz, t. V, p. 149.

Digitized by Google

ticulière du président devant l'imminence d'une séparation, il ne s'occupe pas des pouvoirs du tribunal tout entier, il ne les étend ni limite, et l'on ne trouve dans nos Codes aucune disposition qui, spécialement pour la séparation de corps, amoindrisse les pouvoirs généraux que tout tribunal tient de son organisation pour statuer sur toutes les questions qui lui sont déférées; qu'importe la forme employée, pourvu que la justice en connaisse et s'entoure de garanties. — Supposons, dit-on dans ce système, qu'une femme qui a fui le domicile conjugal, résiste aux sommations d'y rentrer, et qu'elle intente une action en séparation motivée sur l'entretien d'une concubine constaté par un jugement correctionnel rendu contre le mari; du moment où les faits articulés sont établis, sans que le mari prouve qu'il y a eu réconciliation, le tribunal prononcera la séparation contre lui, il autorisera la femme à se choisir une habitation, et il fera défense au mari de la hanter et fréquenter. Ce résultat démontrera de la manière la plus évidente que l'épouse avait un motif légitime de laisser par anticipation le domicile conjugal, et certes il n'est pas de juge qui puisse voir dans son refus d'y rentrer une injure envers le mari. — Supposons, maintenant, ajoute-t-on, que, dans les mêmes circonstances d'entretien de concubine prouvé correctionnellement et de refus d'habitation par l'épouse, celle-ci ne demande pas la séparation, mais que le mari intente une action tendant à sa rentrée dans le domicile conjugal : la femme se défend en articulant le fait d'entretien; elle oppose que, si elle-même fondait une demande en séparation sur cette cause, elle obtiendrait l'autorisation d'habiter séparément, que c'est la preuve de la légitimité de son refus puisque le grief reste le même malgré la différence de forme de l'action; elle conclut enfin à la dispense de rentrer dans le domicile conjugal. Pourquoi le tribunal, qui offre toutes les garanties et est à même de s'entourer de toutes les précautions, rejeterait-il ces moyens de défense!

Oui, sans doute, il suffira que les garanties soient observées, que les précautions aient été prises; mais nous disons précisément qu'en pareille matière il n'y a de garanties suffisantes que celles spécialement édictées par le législateur, et qu'une action ordinaire serait impuissante à les donner. En effet, 1° en l'absence des formes particulières à la séparation, de la

Digitized by Google

comparution des époux en personne devant le président, des délais, de la publicité légale, il n'y aura pas de preuve que les époux ne se seraient pas rapprochés et réconciliés, que leur éloignement est sincère et persévérant, les époux n'auront pas subi les épreuves qui témoignent que la vie commune est devenue insupportable; 2° le tribunal n'ayant pas déclaré les époux séparés de corps, ils seront toujours libres de rentrer ensemble, la femme pourra toujours contraindre son mari à la recevoir en renonçant au bénéfice du jugement qui l'a autorisée à habiter seule, tandis que le mari n'aura pas la faculté réciproque; 3° alors les époux seront placés dans une condition anormale, un germe permanent de difficultés existera entre eux : à qui seront confiés les enfants, que deviendra la communauté de biens, qui administrera la dot de la femme? N'avons-nous pas des procédures toutes spéciales jugées essentielles dans des matières bien moins importantes, ainsi pour la vente des biens des mineurs et des débiteurs, etc...

Ces diverses considérations produisent chez nous la conviction de plus en plus profonde, qu'en dehors de l'action en séparation de corps, un tribunal ne peut pas reconnaître aux époux le droit d'habiter séparément [1], qu'il doit condamner la femme à réintégrer le domicile conjugal, sans examiner s'il y a ou non entretien de concubine, injure ou condamnation infamante.

Mais la femme résiste à l'exécution du jugement qui la condamne, elle refuse de nouveau de rentrer chez son mari, et sans aller jusqu'à essayer de l'y contraindre physiquement, nous supposons que celui-ci introduit une demande en séparation de corps motivée sur une injure grave qu'il ressent du refus persistant de sa femme; son action est-elle fondée? Oui assurément, car la résistance de la femme aux ordres de la justice, sa désobéissance à la loi et à l'autorité maritale, achèvent de rendre sa conduite injurieuse; il y a chose jugée contre elle, qu'elle commence par l'exécuter en rentrant au domicile conjugal, sinon la séparation sera prononcée contre elle. De même, sans qu'il y ait eu condamnation de réintégrer, le tribunal devrait prononcer la séparation contre la femme, toutes les fois que son refus sera reconnu injurieux à raison de sa

[1] Massol, p. 12, n° 4.

Digitized by Google

résistance aux démarches, aux prières ou aux sommations du mari. — Si la femme réfractaire oppose encore à cette demande le fait d'entretien de concubine, la séparation n'en devra pas moins être prononcée contre elle, quand même l'entretien serait prouvé, tant qu'elle ne demandera pas reconventionnellement la séparation à son profit. Si au contraire elle se décide à faire une demande reconventionnelle en prouvant l'entretien, le tribunal pourra apprécier que son refus d'habiter n'était pas injurieux pour le mari, et alors prononcer la séparation au profit de la femme; et en tous cas elle sera autorisée à vivre désormais seule, n'importe lequel des deux obtienne la séparation.

D'où il résulte, en définitive, que le refus persévérant de la femme d'habiter avec son mari peut constituer une injure grave suffisante pour entraîner la séparation de corps, selon les circonstances soumises à l'appréciation des juges : ce refus aura toujours ce caractère quand la femme persistera à ne pas demander elle-même la séparation; mais si elle se décide à la demander, son refus sera ou non considéré comme injurieux selon que le fait d'entretien de concubine (d'excès, sévices ou de condamnation infamante) sera reconnu avoir existé ou non. Réciproquement, quand ce sera le mari qui refusera de recevoir sa femme, elle pourra l'y contraindre judiciairement; et si elle vient à demander sa séparation motivée sur ce refus, elle devra être écoutée, à moins que le mari ne forme une demande reconventionnelle pour cause justifiée.

Maintenant reprenons en détail chacune de ces questions, et voyons comment elles sont résolues en pratique.

Le principe, d'après lequel le refus d'habitation en commun peut devenir une injure grave suffisante pour déterminer la séparation, est adopté par l'unanimité des auteurs, MM. Massol [1], Duranton [2], Demolombe [3], Aubry et Rau sur Zachariæ [4], Dalloz [5], Vazeille [6], Allemand [7], Dutruc [8]. Ce principe est aussi

[1] P. 47, n° 7.
[2] T. II, n° 555.
[3] V° *Mar.*, t. IV, p. 121, n° 388.
[4] T. III, p. 354, note 8.
[5] N°s 47, 48.
[6] T. II, n°s 545, 547.
[7] T. II, n° 1380.
[8] V° *Sép. de biens*, n°s 313 et 319.

Digitized by Google

admis sans difficulté en jurisprudence[1]; spécialement il a été appliqué par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, du 8 fructidor an XIII, qui a prononcé le divorce au profit d'une femme Quarré délaissée par son mari, en « considérant que les devoirs des époux, consignés dans ledit article 214, sont de tous les temps et de toute législation comme étant fondés sur le bonheur et l'ordre de la société; qu'y manquer est, de la part de l'époux, se constituer dans un état d'excès et de sévices permanents envers sa femme et lui faire injure; et que cette injure prend un caractère de gravité proportionné à l'éducation des époux, à leur état de fortune, à leur manière de vivre et à la publicité qu'on lui donne... »

Mais le mari opposera souvent qu'il a de justes motifs pour ne pas recevoir sa femme, ou bien celle-ci se défendra en se prévalant de causes légitimes pour ne pas habiter avec lui; l'époux défendeur alléguera des mauvais traitements, l'inconduite, les dérèglements, etc...; cet époux devra-t-il être écouté dans ses moyens contre l'action en séparation? Oui sans doute, le refus de l'époux défendeur peut s'expliquer par des circonstances de fait qui l'excusent, le justifient, lui ôtent tout caractère injurieux et motivent le rejet de la séparation[2]. C'est ainsi que, par arrêt du 7 avril 1862, la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par la femme de Sapinaud contre un arrêt de Poitiers du 24 mai 1858, confirmatif d'un jugement du tribunal civil de Napoléon du 17 août 1857, lequel n'avait pas vu une injure grave de nature à motiver la séparation de corps dans le refus du mari de recevoir son épouse, alors que lui-même avait précédemment formé une demande en séparation, qu'une ordonnance du président avait fixé provisoirement à la femme une résidence distincte, et que cette instance n'avait pas été déclarée périmée.

[1] Conf. Paris, 23 février 1847, aff. L....; Bordeaux, 5 avril 1848, aff. Tros.

[2] M. Dalloz dit, en parlant des circonstances que le mari invoquerait pour refuser d'habiter avec sa femme : « A nos yeux, elles doivent être tellement graves que nous n'apercevons guère que l'état de démence furieuse de la femme ou de coupables desseins manifestés par elle contre la vie de son mari qui pourraient justifier son refus » (n° 46). — Pour moi je n'admets pas de limites, ou plutôt j'estime que les tribunaux ont toujours un pouvoir souverain pour apprécier le caractère des circonstances qu'un mari invoque pour repousser la demande en séparation motivée par son refus d'habitation commune, et réciproquement.

Digitized by Google

De même, par application de cette distinction, nous voyons la Cour impériale de Paris, dans un arrêt du 10 janvier 1852, repousser la séparation de corps demandée par la femme S... pour refus du mari de la recevoir, en « considérant que, d'après les circonstances spéciales de la cause, à raison de l'abandon fait volontairement depuis longtemps par la femme du domicile conjugal, comme à raison de faits et d'incidents judiciaires antérieurs à l'instance en séparation, on ne peut considérer comme constituant une injure grave devant entraîner par lui seul la séparation de corps contre le mari, le refus qu'il a fait de recevoir sa femme[1]. »

A la lecture de ce dernier arrêt, il semble que, au mépris du principe ci-dessus développé, la femme S... était condamnée à vivre désormais hors du domicile conjugal, sans que le mari eût besoin de faire prononcer la séparation. Mais il en était autrement. En réalité la Cour avait seulement jugé que le refus du mari n'était pas assez injurieux pour entraîner la séparation; elle n'avait pas fait défense à l'épouse de rentrer dans la maison commune; de sorte qu'après avoir ainsi échoué dans sa demande en séparation, la femme avait encore la faculté d'actionner le mari, suivant le droit commun, pour entendre dire qu'il serait tenu de la recevoir : la femme aurait réussi sur ce point; et si le mari eût résisté à l'exécution de la sentence, sa désobéissance aurait pu être considérée comme injure ou sévices suffisants pour motiver sérieusement la séparation au profit de la femme qui l'aurait demandée de nouveau.

Est-ce à dire que S... aurait nécessairement été condamné tôt ou tard à recevoir sa femme malgré ses griefs contre elle? Non; il aurait eu un moyen de résister à sa nouvelle action, en demandant à son tour la séparation de corps motivée sur sa conduite antérieure; de même qu'il aurait pu dès l'origine opposer une demande reconventionnelle en séparation à la demande principale que sa femme avait intentée tout d'abord.

Réciproquement il ne suffira pas toujours au mari, pour obtenir la séparation de corps contre sa femme, de prouver qu'elle a déserté la maison conjugale : il échouera dans sa demande toutes les fois que cet abandon sera jugé n'être pas gravement injurieux. C'est ce que la Cour de cassation a consa-

[1] Comp. Dallos, v° *Sépar.*, n° 46.

Digitized by Google

cré, le 20 novembre 1860, en rejetant le pourvoi interjeté par le sieur Appert contre un arrêt de la Cour de Dijon du 4 janvier 1860 : « Attendu, dit la Cour de cassation, que l'action en séparation de corps intentée par Appert contre sa femme était fondée uniquement sur le fait que celle-ci avait abandonné le domicile conjugal, et qu'il appartenait, dès lors, à la Cour saisie de cette action de vérifier, non-seulement le fait matériel de l'abandon du domicile conjugal, mais encore la nature des motifs allégués par la femme pour justifier cet abandon ; — Attendu, en effet, que, si l'article 214 du Code Napoléon impose à la femme l'obligation d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider, cette obligation est subordonnée à la condition que celui-ci lui fournira tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, *selon ses facultés et son état;* — Attendu que, par ces dernières expressions, le législateur n'a pas borné sa sollicitude aux besoins matériels de la vie, mais qu'il a entendu protéger également la dignité et la sécurité de la femme; — Attendu que l'arrêt attaqué déclare, en fait, que le domicile du sieur Appert était le même que celui de ses père et mère, et que les contrariétés de toute espèce auxquelles sa femme était en butte chaque jour, la soumission qu'on exigeait d'elle et l'isolement dans lequel on se plaisait à la laisser, lui rendaient intolérable la cohabitation avec les père et mère de son mari; que le même arrêt constate qu'il résulte de la correspondance que la dame Appert a pour son mari l'attachement le plus profond et le plus sincère; qu'elle l'a quitté avec le plus vif regret; qu'elle ne désire rien tant que de se réunir à lui aussitôt qu'il voudra lui procurer un domicile, quel qu'il soit, pourvu que ce domicile soit autre que celui de ses père et mère; — Attendu qu'en décidant, dans ces circonstances, que la retraite de la dame Appert n'avait aucun caractère injurieux pour son mari, et que, dès lors, l'action en séparation de corps intentée par celui-ci n'était pas fondée, la Cour impériale de Dijon n'a pas violé l'article 214 du Code Napoléon et a fait, au contraire, un légitime usage du droit souverain d'appréciation qui lui appartient. »

On croirait, à la lecture de ce dernier arrêt, que la femme Appert était autorisée à habiter désormais loin de son mari, contrairement au vœu de l'article 214, sans qu'elle eût besoin de faire prononcer la séparation. Mais il en était autrement.

Digitized by Google

En réalité, la Cour de Dijon avait seulement jugé que le refus de cohabitation de la femme n'était pas injurieux au point d'entraîner la séparation; elle n'avait autorisé l'épouse ni explicitement ni implicitement à fuir la maison conjugale. — De telle sorte qu'après avoir ainsi échoué dans sa demande en séparation, le mari avait encore la faculté d'actionner sa femme, suivant le droit commun, pour entendre dire qu'elle serait tenue de rentrer dans la maison conjugale; de même qu'il aurait pu former cette demande en réintégration de domicile subsidiairement dans l'action en séparation. A mon avis le tribunal saisi de cette demande aurait dû ordonner à l'épouse de rentrer avec son mari, en invitant celui-ci à écarter les causes de contrariété qui tenaient sa femme éloignée; c'est à peine si les juges auraient pu accorder un délai, tant est impérieuse la règle qui oblige à l'habitation commune; et si la femme eût résisté à l'exécution de la sentence, sa désobéissance aurait pu être considérée comme injure suffisante pour motiver sérieusement la séparation au profit du mari qui l'aurait demandée de nouveau. — A la vérité la femme aurait pu se défendre contre la demande en réintégration de domicile ou bien prévenir cette demande, mais uniquement en introduisant contre son mari une action en séparation fondée sur l'injure ou les sévices qu'elle ressentait dans sa maison, par « les contrariétés de toute espèce auxquelles sa femme y était en butte chaque jour, la soumission qu'on exigeait d'elle et l'isolement dans lequel on se plaisait à la laisser. » — En un mot, tant que l'épouse n'a pas recouru à l'action en séparation, j'estime qu'elle ne peut se soustraire à l'habitation conjugale; et je repousse énergiquement toute autre solution qu'on voudrait induire des deux arrêts de Dijon et de la Cour de cassation.

Si, malgré un premier jugement qui a rejeté la demande en séparation de corps que le mari motivait sur l'abandon de domicile par sa femme pendant longues années, il ne peut repousser son épouse qui demande à rentrer dans la maison conjugale sans s'exposer lui-même à une action en séparation, à plus forte raison en sera-t-il ainsi quand la femme demande à y rentrer après un long abandon à raison duquel son mari n'a pas intenté la séparation : en refusant de la recevoir, il s'exposerait à ce qu'elle obtînt contre-lui la séparation rien

Digitized by Google

que pour ce motif. Ainsi l'a décidé en fait notamment un arrêt de la Cour d'Angers du 8 avril 1829, qui a prononcé la séparation au profit de l'épouse demanderesse, en « considérant que, si la dame Montarou est restée, sans causes légitimes, plus de vingt ans éloignée du domicile de son mari, il ne paraît pas que celui-ci ait jamais invoqué l'autorité de la loi pour la forcer à y rentrer; considérant que, si par principe de délicatesse le sieur Montarou a cru devoir refuser à son épouse l'entrée de sa maison, ce refus, dans lequel il persiste aujourd'hui, est contraire au vœu de l'article 214 du Code civil; qu'il peut dès lors être assimilé aux sévices et injures graves qui, d'après l'article 231 du même Code, autorisent les demandes en séparation de corps... »

C'est en suivant cet ordre d'idées que M. Dalloz dit, non sans quelque raison : « L'abandon par la femme du domicile conjugal ne nous semblerait pas suffisant pour ôter au refus du mari le caractère d'une injure, d'abord parce que, presque toujours, le mari a les moyens de s'opposer à cet abandon, et que, dès lors, si le fait se produit, et surtout s'il continue, c'est en quelque sorte avec son assentiment; et, en second lieu, parce que l'abandon du domicile par la femme ne peut, à aucun titre, être considéré comme une compensation anticipée du refus du mari. La femme qui quitte le domicile commun y laisse, en général, son mari en possession de toutes ses ressources, tandis que, par le refus du mari, la femme peut se trouver sans moyens d'existence, sans abri, en butte à toutes sortes d'humiliations et de souffrances[1]. »

Mais à cette demande de la femme tendant à rentrer ou à être séparée de corps malgré l'abandon prolongé par elle du domicile conjugal, le mari pourra répondre en demandant lui-même reconventionnellement la séparation contre son épouse, et il l'obtiendra s'il réussit à prouver que cet abandon est gravement injurieux pour lui.

C'est ce que nous voyons juger fréquemment; c'est ce que la Cour de Paris vient encore de décider par un arrêt du 15 décembre 1864, rendu dans les termes suivants : — « La Cour : — En ce qui touche l'appel principal : considérant que si Dolbeau a refusé de recevoir sa femme, ce n'est qu'après

[1] V° *Sép.*, n° 47. — V. Cubain, n° 18.

Digitized by Google

les torts graves et nombreux qu'elle avait eus envers lui, soit en résistant immédiatement après l'union conjugale à l'accomplissement de ses devoirs d'épouse, soit en le quittant sans motifs, soit en lui écrivant avant ou depuis l'instance en séparation de corps des lettres où elle lui dit qu'elle ne l'aime pas, qu'il lui est impossible de l'aimer et qu'elle ne sera jamais sa femme. Que cependant l'intimée n'a d'autre reproche à lui faire que de ne lui avoir point rouvert le domicile conjugal lorsqu'elle a demandé à y rentrer longtemps après son départ, mais que ce refus s'explique par les trop légitimes griefs qu'il avait contre elle et qui sont, certes, sans explication comme sans excuse; — En ce qui touche la demande reconventionnelle : considérant que toute la conduite de la femme Dolbeau depuis le jour du mariage, son refus obstiné de remplir ses devoirs d'épouse, sa fuite du domicile conjugal, les lettres qu'elle a écrites à Dolbeau jusque dans le cours de l'instance d'appel et où elle lui donne à chaque ligne des marques de dédain et d'aversion, sans que jamais il s'y mêle aucun témoignage de regret ou de repentir, constituent une injure grave, persévérante et de nature à faire prononcer la séparation de corps sur la demande du mari; — Émendant; — Décharge Dolbeau des condamnations et dispositions contre lui prononcées; — et statuant au principal, déboute la dame Dolbeau de la demande en séparation de corps; ce faisant, décharge l'appelant de la pension alimentaire qu'il avait été condamné à lui servir; — Reçoit Dolbeau reconventionnellement demandeur, et faisant droit à sa demande, dit qu'il sera et demeurera séparé de corps d'avec la dame son épouse. »

Le droit et le devoir d'habiter en commun sont imprescriptibles. C'est ce qui a été consacré constamment par la jurisprudence, et tout récemment encore par la Cour de Metz, le 5 avril 1865, dans un arrêt qui prononce la séparation de corps au profit de la femme malgré d'anciens torts, et qui est ainsi conçu : — « Attendu qu'il résulte d'un acte d'huissier, en date du 22 juillet 1864, que l'intimé a formellement refusé de recevoir la dame Sechehaye, son épouse légitime, dans son domicile; que ce refus persistant et absolu s'est de nouveau formulé dans la comparution qui a eu lieu le 8 décembre 1864 devant M. le président du tribunal civil de Metz; — Attendu que les circonstances légales de cette conduite ne peuvent être infir-

Digitized by Google

mées par la circonstance que, pendant plus de trente ans, les époux Sechehaye avaient vécu constamment éloignés l'un de l'autre; que les droits et les devoirs qui naissent du mariage étant inaliénables et ne pouvant être modifiés par des conventions particulières, la dame Sechehaye, d'une part, n'a pas perdu le droit de rentrer dans le domicile conjugal, et le sieur Sechehaye, d'autre part, ne peut être affranchi de l'obligation de l'y recevoir; — Attendu qu'il importe peu que, suivant ce qui paraît établi au procès, la demanderesse ait eu envers son mari d'anciens torts qui expliquent la situation accusée dans l'acte du 22 juillet 1864; qu'en effet le défendeur ne s'étant pas prévalu de ces torts pour demander la séparation de corps et ne concluant pas aujourd'hui reconventionnellement contre sa femme, il y a lieu d'appliquer à son égard les règles du droit commun comme si les faits dont il s'agit n'avaient pas existé. »

Nous voyons dans les arrêts qui précèdent la preuve implicite qu'aux yeux de la jurisprudence, l'action en séparation de corps est la seule voie judiciaire pour faire cesser l'habitation commune; car s'il existait un autre moyen, l'arrêt de Metz, du 5 avril 1865, n'aurait pas fait un grief au sieur Sechehaye de n'avoir point demandé la séparation contre sa femme, et la Cour, qui reconnaissait en fait que l'épouse avait eu le tort grave d'abandonner le domicile conjugal pendant plus de trente ans, aurait pu s'arrêter à cette défense du mari au lieu de la repousser par une fin de non-recevoir. Ce résultat montre qu'en présence d'une action principale dont les causes sont justifiées, les tribunaux doivent prononcer la séparation contre le défendeur qui s'abstient de former une demande reconventionnelle tout en opposant des griefs très-graves. Puis, l'arrêt de Paris du 15 décembre 1864 prouve que, entre une demande principale et une demande reconventionnelle, l'appréciation appartient souverainement aux juges.

M. Massol, s'occupant des griefs de la femme contre son mari, est aussi d'avis qu'elle « doit engager une demande en séparation de corps, que des formes particulières ont été établies pour y parvenir, qu'il n'est point permis de s'en dispenser, que ce serait enfreindre la volonté du législateur, clairement manifestée, notamment dans l'article 878 du Code de

Digitized by Google

procédure[1]... Mais, ajoute M. Massol, si la femme opposait que le domicile n'est pas convenable, n'est pas en rapport avec sa condition, on ne la forcerait pas à y revenir. A plus forte raison elle serait fondée à ne point habiter une maison où le mari entretiendrait sa concubine; dans des cas semblables, elle n'a pas besoin de se pourvoir en séparation. En effet, elle n'entend point interrompre pour l'avenir la société conjugale, elle se borne à soutenir que pour le moment il lui est moralement impossible d'obtempérer à la réclamation de son époux; aussi devra-t-elle se rapprocher de lui aussitôt que le domicile sera devenu décent et qu'elle ne se verra plus exposée à y rencontrer des personnes dont la présence l'affligerait; il dépend du mari de posséder avec lui son épouse, il n'a qu'à rendre sa maison habitable. Mais si la femme voulait avoir définitivement une résidence distincte de celle de son conjoint, si elle était résolue à vivre éloignée de lui, quelle que pût être sa conduite ultérieure, elle devrait alors solliciter la séparation de corps[2]. »

M. Dalloz dit également : « Il est à remarquer cependant que l'épouse ne peut être contrainte de rentrer au domicile conjugal qu'autant qu'il se trouve en rapport avec la position sociale des époux, et que, si le mari n'avait à lui offrir qu'un domicile qui ne remplît pas cette condition, comme le refus de la femme serait strictement conforme à la légalité, on ne pourrait dire qu'il constitue une injure, parce que l'exercice d'un droit même rigoureux nous paraît légalement incompatible avec l'injure[3]. »

Sans aller jusqu'à admettre que, dans ces circonstances, « le refus de la femme serait strictement conforme à la légalité, » nous sommes d'avis qu'un tribunal ne pourrait voir une injure envers le mari dans le refus de la femme d'habiter une maison hantée par une concubine ou non convenable sous d'autres rapports; par conséquent le mari ne saurait réussir de prime abord à faire prononcer la séparation. Mais si, au lieu de procéder par voie de séparation, il actionnait sa femme en réintégration du domicile conjugal, le tribunal devrait dire

[1] P. 12, n° 4.
[2] *Id.*, p. 13, n° 4.
[3] V° *Sépar.*, n° 48.

Digitized by Google

qu'elle sera tenue d'y rentrer dans un délai déterminé; à moins que, pour échapper à cette condamnation, la femme n'eût formé sa demande en séparation motivée sur ce que son mari ne lui offre pas une maison décente et convenable.

Tel paraît être l'esprit qui a guidé les juges dans la solution de la question de fait suivante. — En 1823, après plus de vingt-trois années de séparation de fait, un sieur Testu assigne sa femme devant le tribunal civil de la Seine, « pour voir dire et ordonner que, dans les trois jours du jugement à intervenir, la dame Testu sera tenue de choisir et indiquer un domicile convenable, d'y venir habiter avec son mari, et de fournir seule aux dépenses du ménage jusqu'à concurrence de la somme qu'il plaira au tribunal arbitrer; sinon que, faute de le faire dans ce délai, elle y sera, en vertu du même jugement, contrainte par la saisie totale de ses revenus. » — Sur ce, par jugement du 22 mars 1823, « ... Attendu que le sieur Testu n'a ni logement ni moyens pour recevoir convenablement ladite dame Testu; ... le tribunal déclare le sieur Testu non recevable, *quant à présent*, dans la demande tendant à ce que la dame Testu soit tenue de rentrer dans le domicile conjugal. » — Puis, après arrêt confirmatif rendu par la Cour d'appel de Paris le 10 février 1824, le pourvoi du mari fut rejeté par la Cour de cassation (ch. civ.) le 9 janvier 1826 : « Attendu qu'en déclarant le sieur Testu, *quant à présent*, non recevable en sa demande tendant à ce que sa femme fût condamnée à le suivre et à venir habiter avec lui, l'arrêt, loin de violer la loi, n'a fait qu'une juste application d'un principe fondamental posé dans les articles 212, 213, 214 du Code civil... »

Nous venons de reconnaître que l'abandon et le refus d'habiter ensemble peuvent motiver la séparation de corps quand ils vont jusqu'à l'injure grave ou aux sévices. Voyons maintenant à quel signe on leur reconnaîtra ce caractère offensant ou blessant, en ayant soin de distinguer l'abandon de l'absence.

La loi du 20 septembre 1792, art. 4, t. I, rangeait parmi les causes de divorce des époux « l'absence de l'un d'eux, sans nouvelles au moins pendant cinq ans. » Des divers projets de Code civil proposés par le Conseil d'État, un, entre autres, reproduisait la même disposition, en disant : « Art. 8. L'absence déclarée sera une cause de divorce, et néanmoins il ne

Digitized by Google

pourra être prononcé qu'une année après le jugement qui aura déclaré l'absence[1]. » Mais cet article fut renvoyé au titre *des Absents*[2]. Puis il a été supprimé, et il se trouve aujourd'hui remplacé dans le Code par l'article 139, suivant lequel : « L'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même, ou par son fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence. » Déjà anciennement la novelle 22 avait donné cette faculté à la femme lorsque son mari se trouvait engagé dans une expédition militaire; mais la novelle 118 changea cette jurisprudence, elle ne permit à la femme de se remarier que lorsque le tribun sous lequel servait son mari certifiait sa mort, et elle punissait le tribun qui donnait un faux certificat.

Il faut conclure de ce qui précède, que l'absence n'est pas une cause de séparation de corps, lors même qu'elle est déclarée depuis plus de trente ans. Et nous ferons remarquer que l'auteur même du projet d'article 8, M. Boulay, dit au Conseil d'État qu'il n'avait « proposé la cause d'absence que pour suppléer la cause d'abandon, mais que son avis » était « d'écarter l'une et l'autre[3]. »

L'un des sept projets sur le *divorce* renfermait trois articles qui organisaient la séparation de corps et le divorce « dans le cas de délaissement ou abandon de l'un des époux par l'autre[4]. » Nous voyons alors les membres du Conseil d'État discuter ce projet : d'abord M. Régnier distingue « l'absence qui peut n'être qu'un accident, de l'abandon criminel qui peut donner lieu à la dissolution du contrat[5]; » M. Portalis répète que « le divorce pour absence ne doit être admis que quand l'absent s'éloigne par des motifs criminels de sa famille et de ses enfants[6]; » puis M. Thibeaudeau approuve cette distinction[7]. Malgré cette parité de vue des législateurs, ces trois articles disparurent du projet, et la cause d'abandon fut écartée comme étant « trop difficile à définir, et » rentrant « d'ailleurs,

[1] Locré, t. V, p. 104, III, 7. — V. aussi p. 105, III, 8.
[2] *Id.*, p. 122, III, 23.
[3] Locré, t. V, p. 118, III, 22.
[4] *Id.*, t. V, p. 104, III, 8.
[5] *Id.*, p. 120, III, 22.
[6] *Id.*, *id.*
[7] *Id.*, p. 121, III, 22.

Digitized by Google

ou dans la cause des sévices ou mauvais traitements, ou dans celle de l'absence [1], » et aussi comme étant « encore un moyen de rompre le mariage par la volonté d'un seul [2]. »

On ne comprend guère comment en fait l'abandon peut rentrer dans la catégorie des sévices et mauvais traitements, si ce n'est quand un époux agit ainsi avec une méchanceté calculée en vue de blesser l'autre, par exemple quand il disparaît un certain temps sans donner de ses nouvelles, et qu'il revient dans la maison conjugale, pour la quitter encore, y revenir et la quitter alternativement, avec des allures, des réticences qui dénotent un esprit de malignité, un système de vexation portés au dernier degré. Il arrivera plus souvent que l'abandon ait le caractère d'injure grave, quand les circonstances dont il sera entouré établiront « un système constant de vexation et de mépris » envers l'époux délaissé; alors les juges pourront prononcer la séparation [3].

Ainsi, à la différence de l'absence proprement dite qui est exempte de toute intention mauvaise, l'abandon est l'éloignement qui a un motif coupable envers l'époux délaissé, c'est un éloignement prémédité, c'est une désertion de la maison commune [4]. Pour que l'abandon proprement dit « existe, il faut qu'il y ait manifestation de volonté de vivre séparés, rupture de tous rapports et communications, et isolement complet [5]. » Puis, alors même qu'il y a chez l'époux fugitif manifestation de cesser toute cohabitation, ce n'est pas à dire pour cela que l'abandon proprement dit sera toujours une cause de séparation, puisque « l'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme, séparé de tous faits constitutifs d'excès, sévices ou injures graves, n'est point au nombre des causes de séparation de corps admises par le Code civil [6]. » Mais l'abandon aura souvent ce caractère blessant et décisif, et les juges pourront le déduire des « circonstances qui ont précédé, déterminé et suivi la fuite [7]. »

[1] *Id.*, p. 117, III, 22.
[2] *Id.*, *id.*
[3] V. Dalloz, v° *Sép.*, n° 25.
[4] Massol, p. 59, 7.
[5] Rouen, 16 juill. 1828, aff. A....
[6] *Id.*
[7] Paris, 23 févr. 1847, aff. L.....

Digitized by Google

C'est par application de ces principes que la séparation de corps a été prononcée contre un mari qui avait « autorisé sa femme à exercer une industrie quelconque partout où bon lui semblerait, sous la seule condition de ne pas élever à Châteauroux une imprimerie rivale de la sienne, » et qui, « pendant plus de treize ans, » l'avait « abandonnée loin de son domicile, » parce qu'il « devient alors évident que c'est le mari qui a voulu la cessation de toute cohabitation, et qu'il y a dans l'accomplissement de cette volonté la preuve du plus profond mépris pour l'épouse [1]. » De même, sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792, il avait été jugé en fait que la conduite du mari qui « depuis trois ans » avait « quitté son domicile et sa femme » était « un véritable abandon » et « un motif déterminé de divorce [2]. »

Enfin, il nous reste à savoir quels sont, en dehors de la séparation de corps, les moyens de contraindre l'un des époux à habiter avec l'autre, après que les voies de conciliation auront été épuisées. Pour résoudre cette question, nous pouvons nous éclairer de la discussion qui s'engagea au Conseil d'État sur l'article 214 [3], relativement à l'obligation de suivre le mari : — « M. Réal demande comment on y forcera la femme lorsqu'elle ne voudra pas y consentir. — M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély répond que le mari lui fera une sommation de le suivre, ainsi que l'usage l'a consacré; et que, si elle persiste à s'y refuser, elle sera réputée l'avoir abandonné. — M. Réal répond qu'il faudra cependant un jugement; il demande comment on parviendra à l'exécuter. — Le premier consul dit que le mari cessera de donner des aliments à sa femme. — M. Tronchet fait observer que cette discussion est une anticipation sur la matière du divorce. Les tribunaux ont remarqué que l'abandon appliqué au divorce serait le rétablissement de la cause d'incompatibilité d'humeur. — M. Boulay dit que toutes les difficultés doivent être abandonnées aux mœurs ou aux circonstances. »

En fait quel est l'état actuel et quelle a été la marche de la

[1] Bourges, 4 février 1835, aff. d'Harcourt c. Bayvet.

[2] Bordeaux, 28 floréal an IX, aff. Fourquenotte c. Pateau.

[3] Locré, t. IV, p. 395, III, 32. — Rapp. Massol, p. 47, n° 7; Duranton, t. II, n° 555; Bordeaux, 5 avril 1848, aff. Tros.

Digitized by Google

jurisprudence sur la question de réintégration du domicile conjugal? Souvent les tribunaux, adoptant l'opinion de quelques auteurs, ont autorisé le mari à contraindre *manu militari* la femme à y rentrer, et il est arrivé parfois que cette voie extrême ait été mise à exécution. Par réciprocité, il était logique de permettre à l'épouse délaissée de se faire ouvrir les portes de l'habitation conjugale par un huissier ou un commissaire de police, et vraisemblablement quelques décisions en ce sens ont été exécutées. Mais de telles extrémités ne sont plus admises aujourd'hui, ou du moins si quelques tribunaux les autorisent encore, ce n'est plus que très-rarement, jusqu'à ce que ce moyen brutal disparaisse entièrement. Combien la jurisprudence est entrée dans une voie plus rationnelle et plus efficace, en autorisant les moyens d'exécution sur les biens de l'époux rebelle, ou en refusant le payement des dettes contractées par la femme fugitive tant sur ses biens propres que contre ceux du mari et de la communauté! nous ne voyons pas d'autre sanction légale contre la résistance d'un époux, à moins que, par sa ténacité, cette résistance devenant gravement injurieuse pour l'autre époux, celui-ci ne fasse prononcer sa séparation de corps ainsi qu'il arrive fréquemment.

N. M. LESENNE.

Digitized by Google

DE LA LIBERTÉ DE TESTER,

Par M. Batbie,
professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris.

La suppression de la réserve est réclamée par une minorité qui s'efforce de conquérir le nombre par la persévérance. A plusieurs reprises, cette modification à notre loi civile a été demandée par des amendements présentés au Corps législatif pendant la discussion de l'Adresse. Il a été facile de juger, à l'accueil que cette proposition a reçu, soit à la Chambre, soit au dehors, qu'elle marche contre le courant d'une opinion publique fortement prononcée. Je n'ai cependant pas l'intention d'opposer à cette doctrine les votes qui l'ont repoussée; ce serait une façon peu libérale de combattre les idées qu'on ne partage pas. Au reste, la liberté absolue de tester est soutenue par une école de publicistes éminents, qui ont déployé beaucoup de talent pour la défense de leur idée, et à de tels hommes il est impossible d'opposer qu'à un moment donné ils ont eu contre eux la force du nombre. C'est à la raison que je ferai appel, et, me plaçant successivement au point de vue du droit naturel, de l'histoire et de l'économie politique, je démontrerai que la liberté de tester fournirait l'occasion d'injustices fréquentes, qu'elle serait en contradiction avec l'expérience des siècles, et qu'elle ne produirait pas les conséquences économiques que ses partisans espèrent obtenir par elle.

La propriété est un droit individuel, qui a pour fondement philosophique le travail, et pour conséquence le droit de transmettre par disposition entre-vifs ou testamentaire. La notion de la copropriété du patrimoine par la famille, sous l'administration du chef, serait inconciliable avec l'analyse théorique du droit de propriété telle qu'on l'admet généralement aujourd'hui; elle serait aussi en opposition avec la constitution économique de la propriété, notamment avec l'origine de presque toutes les fortunes. Qu'on ait admis la copropriété en des temps où les biens se transmettaient de génération en génération pendant des siècles; que les immeubles, en particulier, aient été longtemps considérés comme un dépôt d'au-

Digitized by Google

tant plus sacré que la transmission s'éloignait davantage de l'origine, il n'y a pas lieu d'en être surpris. Cette idée devait naturellement se trouver dans la loi et dans la coutume, à une époque où la société était, sinon immuable, au moins très-lente à se transformer. La conservation des biens dans les familles formait, pour ainsi dire, un élément de l'ordre social; aussi le propriétaire n'avait-il que le caractère d'un détenteur viager de la fortune. Les héritiers, quand ils prenaient sa place, se succédaient à eux-mêmes, ou, pour parler comme la loi romaine, ils étaient *héritiers siens*. L'esprit de notre Code est tout autre. C'est une idée banale aujourd'hui, qui, après avoir été souvent répétée dans la discussion du Code civil, est passée des travaux préparatoires dans le langage courant de l'école et du palais sous cette formule : « Nos lois se proposent d'assurer la libre circulation des biens. » Pour réaliser cette idée générale, notre Code civil, en particulier, a supprimé les obstacles à la faculté d'aliéner, et, pour se conformer à cet esprit général de la loi, la jurisprudence des Cours et tribunaux a invalidé des clauses que cependant aucun texte ne condamnait formellement[1]. La conclusion à tirer de ce qui précède c'est que la réserve n'est pas une conséquence de la notion de copropriété des héritiers avec le défunt, et que la propriété, considérée en soi, est un droit individuel qui emporte la faculté de disposer pour la totalité. La liberté de tester purement et simplement devrait donc être admise si, à côté du principe, ne se trouvaient pas des raisons particulières d'en tempérer l'application. Sur quelle base la réserve ou la légitime s'appuie-t-elle?

Le père qui fonde une famille contracte envers ses enfants l'obligation de leur fournir des aliments[2], en cas de besoin.

[1] Ainsi tout acte, à titre onéreux, fait sous la condition de ne pas aliéner, est considéré comme nul, et l'interdiction d'aliéner dans un acte à titre gratuit serait réputée non écrite. (Art. 900 C. Nap.)

[2] Le mot *aliments* ne doit pas être entendu ici dans un sens restreint; il comprend, au contraire, tous les devoirs moraux du père, soit au point de vue de l'éducation, soit pour les conséquences qui en résultent. Car l'*éducation oblige* et comporte un rang social correspondant. Quand j'ai parlé de dette alimentaire, j'entendais parler au point de vue rationnel et philosophique, non au point de vue de l'interprétation juridique des articles 205 et 206 du Code Napoléon. C'est parce que je ne m'étais pas assez clairement expliqué sur ce point, que mon savant collègue M. Duverger a,

Digitized by Google

C'est un devoir naturel que la loi positive a sanctionné par une action en justice. Si le père doit des aliments à ses enfants, la nature veut que cette obligation soit réciproque. De même que l'enfant peut réclamer des aliments à ses ascendants, ses protecteurs réguliers, ainsi le vieillard a la faculté d'en demander au fils qui est son soutien désigné. La dette alimentaire n'a été consacrée par la loi positive que dans la ligne directe, et c'est avec raison; car, entre collatéraux, même à un degré très-rapproché, il n'y a que des liens d'affection et point d'obligation. Entre frères et sœurs, l'amitié et la vie commune peuvent *de fait* créer quelques devoirs; mais cette relation de droit ne dérive pas nécessairement de la coexistence dans la même famille. Aussi le frère ne doit-il pas des aliments à son frère, et, sur ce point, la loi positive concorde parfaitement avec la loi naturelle.

Que devient la dette alimentaire au décès de celui qui en était débiteur? S'il laisse sa fortune au créancier des aliments, la solution est bien simple. Le besoin de celui-ci cesse et, par conséquent, la cause de son droit prend fin. Mais si le débiteur des aliments institue un étranger, même un parent collatéral, la créance alimentaire sera-t-elle transmise contre son légataire? On peut, en droit, discuter sur ce point, et c'est là une question difficile qui a fourni matière à plus d'une dissertation. Admettons la solution la plus favorable au créancier d'aliments, et supposons que la créance se transmette contre le légataire; en tout cas, le droit sera exclusivement attaché à la personne du créancier, et, après sa mort, ses enfants n'auront rien à réclamer. Justement préoccupé de cette transmission après décès du droit aux aliments, le législateur a recherché quel serait le moyen le plus efficace d'empêcher que cette créance (créance sacrée autant et plus que pas une autre) ne périsse à la mort de l'obligé. Il avait plusieurs partis à prendre. Constituer une rente garantie par une hypothèque sur les biens légués, rente qui aurait été transmise aux générations successives, image vraie de la perpétuité de la famille; au lieu d'une rente perpétuelle, imposer au successeur le payement d'une

dans le numéro précédent (p. 429), combattu ma doctrine; mais il l'a fait par des raisons desquelles il résulte que nous sommes d'accord et qu'il n'y a eu, entre nous, qu'un malentendu.

Digitized by Google

rente viagère; enfin attribuer une part d'usufruit dans la succession aux ascendants ou descendants créanciers d'aliments. Mais chacun de ces moyens présentait des inconvénients graves. L'usufruit et la rente viagère se seraient éteints au décès de l'usufruitier ou du crédit-rentier, et la famille que lui-même aurait fondée à son tour se serait trouvée sans ressources en présence du besoin. La rente perpétuelle aurait subi toutes les causes de dépréciation qui vont en affaiblissant constamment la valeur du numéraire par rapport aux terres. Aussi notre loi a-t-elle repoussé toutes les combinaisons, et, pour acquitter la dette alimentaire envers les générations futures *in perpetuum*, elle a créé la réserve qui limite le droit de disposer du testateur ou donateur. La part indisponible, parce qu'elle se compose de biens en nature, suivra tous les mouvements de la richesse, et, si elle n'est pas aliénée, représentera, après trente ou cent ans, le même degré de fortune, relativement à la situation économique du pays, que le jour où elle a été transmise pour la première fois. Le père, en fondant une famille, a contracté la dette alimentaire, non-seulement envers les enfants au premier degré, mais aussi envers toutes les générations futures, et c'est pour acquitter cette dette permanente que la réserve a été établie. C'est une dation en payement, au moyen de biens transmissibles, pour acquitter une obligation perpétuelle. Ce raisonnement aurait conduit à l'inaliénabilité, même à titre onéreux, d'une portion réservée; mais le législateur s'est arrêté devant les inconvénients qu'aurait présentés cette conséquence, d'autant qu'il est impossible de fixer une quote-part du patrimoine pendant la vie du propriétaire, lorsque la fortune peut encore augmenter ou diminuer; car c'est au décès seulement qu'elle forme une masse, dont l'importance peut être fixée. La philosophie de la réserve ou de la légitime[1] peut donc se formuler ainsi : « Une part « indisponible, dont la transmission, garantie par l'affection « paternelle, a pour objet d'acquitter la dette d'aliments « contractée par le fondateur d'une famille envers toutes les « générations. »

[1] Entre la *réserve* et la *légitime* il n'y a pas de différence au point de vue philosophique. Les différences qui séparent ces deux notions n'apparaissent que sous la loupe du juriste.

Digitized by Google

On objectera peut-être à cette théorie que si l'enfant était à l'abri du besoin par la possession d'une fortune personnelle, son droit à la réserve n'aurait plus aucune base. Je réponds à cette observation que la loi se compose de dispositions générales et que, par la force des choses, elle n'a pas la même vertu dans tous les cas. Pour savoir si l'enfant en possession d'une fortune personnelle est à l'abri du besoin, il faudrait vérifier si la réalité est conforme aux apparences, et, par conséquent, comparer l'actif et le passif. La loi ne pourrait donc faire une différence entre les descendants qu'en autorisant des recherches vexatoires. Enfin j'admets qu'au point de vue du droit naturel, on pourrait refuser la réserve comme les aliments aux enfants riches, et que c'est uniquement à cause des difficultés pratiques que cette distinction doit être rejetée.

Je ferai cependant une concession. La loi aurait pu établir, entre la réserve des ascendants et celle des descendants, une différence qu'elle n'a pas faite. Si une part de propriété perpétuellement transmissible était nécessaire pour acquitter entièrement la créance alimentaire des descendants, un usufruit ou une rente viagère auraient suffi pour les ascendants. La réciprocité a été poussée trop loin, car les ascendants qui survivent à leurs enfants ne fondent pas une nouvelle famille, au moins en règle générale; à part quelques rares exceptions, ils traînent une vie languissante pendant le temps de survivance qu'ils ont à supporter. Une rente viagère ou un usufruit auraient suffi pour soutenir ces parents, qui n'ont plus qu'à vivre et mourir dans la douleur. Une modification de la loi faite en ce sens serait assurément conforme à la théorie de la réserve; mais ce qu'on demande au delà excéderait les limites du juste et de l'utile.

Est-il vrai, comme on l'a souvent affirmé, que le Code Napoléon empêche le père de choisir, parmi ses enfants, le plus digne et le plus capable pour représenter la famille? Le choix du père ne serait pas toujours raisonné; le patrimoine n'irait même que rarement au plus capable ou au plus digne. On sait bien que souvent, dans les familles, la préférence des parents est déterminée par des motifs étrangers à la capacité ou à l'habileté. Tantôt c'est l'aîné que le père désigne sans examen, uniquement parce que l'usage est d'instituer le premier né. Tantôt la mère, pour

Digitized by Google

réparer les rigueurs de la nature, fait des avantages à un enfant estropié, ou pauvre d'esprit, quoiqu'il soit bien certain que la fortune dépérira entre les mains de cet héritier incapable ou inactif. Souvent, oui souvent, les parents institueraient le *mauvais sujet* de la famille; car le mauvais sujet est aimable; il sait trouver mieux que le fils austère et rangé le chemin qui conduit au cœur de la mère, et, par la mère, il règne sur le père. Si on lui fait des observations, il les reçoit en souriant, et, par une succession d'égarements et de retours, il entretient l'intérêt de ses parents, tient leur sollicitude en éveil et occupe constamment leur cœur, par la crainte, par l'espérance, par le chagrin et par la joie. Le fils qui se conduit bien, raisonne ses actes et fait des observations, même à ses parents, lorsque, dans la maison, tout ne marche pas à son gré; il a ses idées et cherche à les faire prévaloir. Si son père est dissipé, si sa mère a le goût de la dépense, il les censure quelquefois ouvertement et quelquefois par un silence affecté. Aussi les parents, après avoir pris en aversion ce censeur domestique, sont-ils portés à donner leur affection et leurs biens au mauvais sujet qui les a compris et approuvés, qui a partagé leurs plaisirs et profité de leur luxe, qui saura continuer les traditions élégantes de la famille. Car le mot *élégance* est l'euphémisme qui est généralement employé pour expliquer et, si c'était possible, justifier les plus folles dissipations. Ces faits-là sont assez fréquents pour qu'on les oppose à l'objection fondée sur l'impossibilité où la réserve met les parents de choisir l'héritier le plus digne et le plus capable. Deux extrêmes étaient à éviter : l'exhérédation arbitraire des fils les plus méritants; l'indisponibilité totale, qui aurait empêché le père de donner une récompense au plus digne. C'est entre ces deux limites extrêmes que notre Code a sagement pris une moyenne par une juste proportion de la quotité disponible et de la réserve. Le changement de notre loi n'aurait d'autre effet que de favoriser l'injustice des parents en leur donnant un pouvoir absolu d'exhéréder. On a eu bien raison de dire que la liberté de tester n'est que « *le pouvoir de déshériter.* »

Qu'on ne s'y trompe pas! L'abus de la faculté de tester n'est pas une de ces craintes chimériques que la partialité exagère pour soutenir plus facilement une thèse. C'est un

Digitized by Google

danger sérieux, d'autant plus grand que les habitudes du Nord et du Midi sont très-différentes. La pensée du droit d'aînesse a laissé dans le pays qui est situé au delà de la Loire une empreinte tellement forte sur les esprits, que le plus petit propriétaire lègue à son fils mâle premier né toute la quotité disponible. Il se trouve même gêné par les restrictions de notre loi, et souvent des moyens frauduleux sont employés pour entamer la réserve. Je défie que dans le midi de la France on trouve un avocat, qui n'ait fréquemment été consulté sur les pratiques à suivre pour faire au fils aîné des avantages supérieurs à la quotité disponible autorisée par le Code. Si les avocats honnêtes et consciencieux refusent de donner des conseils à ces clients, il se rencontre des hommes d'affaires peu délicats qui indiquent toutes les ressources de la fraude, sans avertir ces consultants des procès que tant d'injustice préparera aux enfants trop favorisés. Même quand ils sont prévenus, les parents ne s'arrêtent pas; ils cèdent à leur passion, espérant que le procès n'aura peut-être pas lieu et que la spoliation sera impunie. Si une enquête s'ouvrait, où tous les hommes d'affaires seraient appelés à déposer, il n'y en a pas un, dans les départements méridionaux, qui ne répondît : « Dans toutes les familles, grandes, médiocres ou petites, la « fortune entière sera léguée à l'aîné, et les cadets seront à « peine mentionnés dans le testament du père. » Cette injustice ne sera même pas commise pour assurer à l'aîné la conservation de la propriété immobilière. Que de fois n'a-t-on pas vu des paysans vendre leurs biens pour donner l'argent à l'aîné et mieux assurer, par cette tradition secrète, le succès de la fraude en déjouant les recherches des intéressés! Ainsi la fraude à la loi n'a même pas toujours l'excuse de ce sentiment respectable qui porte le propriétaire à empêcher la division du bien qu'il a fondé par un travail assidu et des privations de toute la vie. Souvent l'attachement à la propriété est moins fort que le désir de tout attribuer à l'aîné.

Au nord de la Loire, les sentiments sont tout autres. L'égalité des partages est une règle généralement, même presque universellement suivie. C'est tout au plus si, dans les familles riches, on donne à l'aîné l'habitation avec le parc attenant, ou, pour parler la langue des familles d'une position modeste, la maison et le jardin. Le *vol du chapon,* suivant l'expression

Digitized by Google

rurale, tel est le préciput que l'aîné reçoit ordinairement. Le reste se partage également entre l'aîné et les puînés, les garçons et les filles, qu'il s'agisse de biens meubles ou d'immeubles, de maisons urbaines, de fermes ou de valeurs cotées à la Bourse. Puisque les pères de famille, dans les départements septentrionaux, ne profitent même pas de la liberté que leur accorde le Code civil, il est évident qu'une plus grande latitude est inutile pour eux; la suppression de la réserve ne changerait rien à leurs habitudes. Voici donc quelle serait la conséquence de la réforme proposée. On pourrait dresser une nouvelle carte coutumière de la France, en suivant, ou à peu près, la ligne tracée par le cours de la Loire. Sur une des rives, l'aîné prendrait toute la fortune et les cadets n'auraient que leur travail pour ressource. De l'autre côté, tous les enfants du même père recevraient une part égale dans la division de ses biens. En traversant le fleuve, on passerait du royaume de l'injustice dans celui de l'équité, ou inversement. Jamais il n'aurait été plus vrai de dire que le cours d'une rivière déciderait de la vérité, entre deux propositions contraires. *Vérité en deçà de la Loire, erreur au delà*[1].

Cette distinction, si importante au point de vue du droit, peut aussi nous éclairer sur les effets qu'aurait la mesure dans l'ordre de l'utilité. Les conséquences économiques de la liberté de tester seraient, dit-on, d'empêcher le morcellement du sol et de reconstituer la grande propriété et la grande culture, là où la division de la terre a rendu presque impossibles les progrès de l'agriculture. La culture actuelle, dit-on, veut de grandes avances, des machines puissantes, des animaux moins pour travailler que pour faire des engrais sur place. Or ce déploiement de forces est incompatible avec les petites exploitations, et c'est à peine si on peut le faire dans les fermes de grandeur moyenne. Puisque c'est l'égalité des partages qui a décomposé les grands domaines, la liberté de tester attaquera

[1] C'est un fait dont ne tiennent aucun compte MM. Dunoyer et Fr. Passy. Le premier dit qu'il a fait un relevé des successions ouvertes en 1825 dans le département de la Seine. Sur 8,730 successions, 1,081 seulement étaient réglées par testament, et sur 1,081 testateurs 59 seulement avaient disposé de la quotité disponible (Voy. Fr. Passy, *Leçons d'économie politique*, t. Ier, p. 212). Cela est vrai à Paris et dans le nord de la France, mais les mœurs du Midi sont bien différentes.

Digitized by Google

le mal à sa racine, et recomposera les propriétés que le principe inverse a morcelées [1].

Il y a beaucoup à dire sur la valeur relative de la grande et de la petite propriété, même de la grande et de la petite culture. Mais ce serait compliquer une question déjà vaste par l'addition d'un problème non moins important. Il est d'autant plus inutile d'introduire cette complication, qu'elle ne servirait pas à la solution que nous cherchons. Ne suffit-il pas de se demander où est la grande propriété et où fleurit la grande culture? C'est dans le nord de la France que se trouvent les domaines les plus vastes et les fermes les mieux outillées, ce qui implique leur étendue. Au midi, le sol est très-divisé et les grands propriétaires ne se distinguent des autres que par le nombre des petites métairies dont se compose leur fortune. Les domaines les plus importants sont partagés en exploitations médiocres, travaillées par des colons partiaires généralement pauvres, que le moindre accident atmosphérique (ces accidents sont fort nombreux dans le Midi) plonge dans la détresse et, ce qui est pire, dans le découragement. L'outillage d'un métayer (je parle d'un métayer ayant une importance relative), si on l'estimait neuf, ne vaudrait pas plus de 1,000 francs. Quant aux instruments des colons partiaires de second ordre, ils ne se vendraient certainement pas, en moyenne, 600 francs. Le cheptel d'une bonne métairie ne vaut pas plus de 3 ou 4,000 francs, 5,000 au plus. Ainsi, sur une exploitation de 30 à 40 hectares, le capital n'atteint pas la somme de 200 francs par hectare, tandis que, dans le Nord, il n'est pas rare de trouver des fermes où le capital d'exploitation et d'amendement s'élève à 800 francs par hectare; il en existe même, notamment la ferme de Grignon, où les avances sont de 1,000 francs par hectare.

Si les espérances qu'a fait naître la liberté de tester étaient fondées, la logique conduirait à penser que la grande culture règne dans le midi de la France et que le nord est livré à la petite culture. N'est-ce pas dans le Midi que les propriétaires profitent de la faculté que leur accorde la loi de donner la

[1] M. Fr. Passy, quoique partisan de la liberté de tester, reconnaît, dans sa *Leçon sur le droit d'aînesse* (Voy. *Leçon V*e, p. 165, t. Ier), que cette question est complétement séparée de la question relative à la grande culture et à la grande propriété.

Digitized by Google

quotité disponible? Cependant, c'est là que triomphe la petite culture; c'est là que végète l'agriculture dans la médiocrité toujours et la pauvreté souvent. Au contraire, là où l'égalité est un usage constant, l'agriculture est progressive et améliorante. Oui, la liberté de tester est reconnue dans les treize millions d'hectares dont se compose l'Angleterre proprement dite, et cependant l'agriculture remarquable de cette contrée ne l'emporte pas sur celle de la Flandre française, qui s'accommode de l'égalité des partages sans reculer d'un pas devant sa rivale. La comparaison de ces deux pays démontre jusqu'à l'évidence que la liberté testamentaire ne produirait aucun effet sur les progrès de la culture, ni même sur la concentration des propriétés. Sait-on pourquoi la division est poussée plus loin dans le Midi que dans le Nord? Lorsque les fils reçoivent des portions égales, comme dans le Nord, chacun travaille pour augmenter sa part, et le mouvement de recomposition commence immédiatement après la division. Celui qui désespère d'accroître son bien, le vend aussitôt; avec le prix, il s'intéresse à une industrie qui souvent l'enrichit et lui permet plus tard d'acheter une grande propriété, ou, s'il n'en trouve pas, d'en composer une par des achats au détail. Supposons, au contraire, ce qui arrive fréquemment dans le Midi, que l'aîné se charge du patrimoine entier, à la charge de payer ses frères et sœurs; il vendra s'il ne veut pas vivre endetté pendant toute sa vie. C'est dans cette nécessité qu'est l'origine de presque toutes les ventes; de sorte qu'en faisant un aîné, le père de famille a procuré un résultat qu'il n'attendait pas. Sans doute, si le testateur n'était pas obligé de laisser à ses enfants même une part en argent ni seulement une rente, l'aîné garderait tout le patrimoine et ne serait pas, sous la pression de la gêne, obligé de vendre son bien; mais, poussée jusqu'à cette limite, la liberté de tester est aux prises avec des objections autrement fortes que les raisons de l'ordre économique. En tout cas, rien ne prouve que dans le Midi la grande exploitation serait la conséquence de la concentration des propriétés. En effet, les propriétaires les plus riches de cette région divisent leurs possessions en petites fermes ou métairies, tandis que, dans les départements septentrionaux, on voit des parcelles appartenant à des propriétaires différents se grouper sous la main

Digitized by Google

d'un fermier unique, au moyen de baux qui portent la même date et la même échéance. Ne confondons pas la grande propriété avec la grande culture. Si la première donne à la seconde des facilités qu'il est impossible de méconnaître, il n'y a cependant pas identité entre ces deux notions. Ainsi la question se réduit à savoir si, pour donner simplement une facilité de plus à l'agriculture, il faut changer notre loi en sacrifiant la justice. Les faits prouvent que l'exploitation progressive et améliorante n'est pas impossible avec l'égalité dans les partages; que, d'un autre côté, la liberté testamentaire ne produira pas sûrement la culture perfectionnée, en supposant même qu'elle ait pour conséquence de former de vastes propriétés. Des résultats aussi incertains dans l'ordre de l'utile ne seraient qu'une insignifiante compensation à l'atteinte que, pour les obtenir, il faudrait porter à la notion plus haute du juste.

La liberté de tester serait aussi, d'après ses partisans, la suppression d'un obstacle qui arrête le développement de la population. C'est l'égalité des partages qui, dit-on, s'oppose au mouvement progressif des naissances, et, si le nombre des habitants est stationnaire en France, alors qu'il s'accroît partout ailleurs, il faut attribuer cet effet au calcul des parents. Quelle est l'origine de ce calcul, sinon le désir d'assurer à un petit nombre d'enfants une position heureuse ou même opulente? Les parents se préoccupent du patrimoine qu'ils ont reçu ou créé, et, pour en prévenir la division, ils limitent volontairement le nombre de leurs enfants. Ce calcul se réalise tantôt par une abstinence chaste, tantôt par une conduite immorale; mais, dans les deux cas, l'économie publique est gravement troublée, parce que, dans notre pays, la richesse se développe, tandis que la population ne s'accroît pas. Il en résulte que le capital demeure inactif faute d'hommes qui le mettent en mouvement. Le remède, ajoute-t-on, est indiqué par la nature du mal, et puisque c'est la crainte du morcellement et de la déchéance des enfants qui arrête l'augmentation des naissances, la liberté testamentaire est encore le moyen de rétablir l'obéissance à la grande loi : *Croissez et multipliez.* La liberté de tester devient ainsi la grande panacée qui guérit toutes les plaies sociales, et si on l'établit, nous lui devrons de nombreux bienfaits : la grande propriété, le progrès agricole, l'augmentation de la population, une armée forte et

Digitized by Google

nombreuse, une belle flotte, et que sais-je encore! Les maux que produit un article du Code Napoléon sont véritablement extraordinaires, et, ce qui est plus étonnant encore, c'est qu'un trait de plume suffirait pour effacer une disposition qui nous cause un préjudice incalculable.

On lui attribue à tort, selon moi, la lenteur avec laquelle s'accroît notre population. Le mouvement progressif des naissances qui a duré jusqu'à 1848, s'est produit sous le régime de notre Code civil, et lorsque, après avoir fléchi pendant quelques années, il s'est relevé pour retomber encore, ces actions et réactions ont eu lieu sans que notre régime des successions eût éprouvé des modifications correspondantes. Faut-il attribuer aussi à l'égalité des partages l'affaiblissement de la race que les conseils de révision ont signalée? Au contraire, on pourrait croire que la limitation du nombre des enfants est pour ceux qui naissent une cause de prospérité et de force. Cependant c'est à peine, dans certains cantons, si le contingent militaire a pu être fourni avec des conscrits valides. L'affaiblissement de la race, auquel l'égalité des partages est évidemment étrangère, prouve[1] que l'état stationnaire de la population a une autre origine. Quant aux causes de cette diminution des forces physiques de la population, elles sont fort complexes, et assurément il y en a qui nous sont inconnues. Les unes sont de l'ordre moral; elles tiennent aux vices nombreux qui se communiquent des grandes villes aux campagnes par les nombreux agents de la démoralisation. Les autres, d'une nature politique, doivent être attribuées aux grandes guerres qui, pendant plus de vingt ans, ont dévoré les plus vigoureux habitants de notre pays. Oui, on peut dire de la France que pendant plus de vingt années *elle a perdu son printemps*. Je ne juge pas (il n'y aurait pas opportunité à émettre le jugement que nous n'avons pas besoin de porter), je constate des faits. Sans traiter la question des armées permanentes ni celle des grandes guerres, la science a le droit et le devoir de dire que si la population n'augmente pas, si

[1] En supposant qu'il existe; car, ce fait est loin d'être admis sans conteste. Des médecins distingués, notamment M. Broca, ont écrit pour prouver que l'affaiblissement de la race en France n'est pas réel. V. *Revue des Deux-Mondes*, du 1er juin 1867, article de M. Lefort, professeur agrégé à la Faculté de médecine de Paris.

Digitized by Google

la race est affaiblie, il faut attribuer ce résultat, d'un côté, à la propagation des vices, et, de l'autre, à la perte du plus pur sang français.

L'abstinence volontaire est-elle complétement étrangère à ce phénomène? Il y aurait exagération à le dire; mais je crois que c'est une cause secondaire. Ce qui le prouve, c'est que, même dans le pays de métayage, la population ne s'accroît pas; il y a plusieurs départements du Midi où la population baisse à chaque recensement. Cependant les métayers sont heureux d'avoir des familles nombreuses. Chaque enfant est un ouvrier gratuit, et, s'il a beaucoup de bras, le colon est en état d'entreprendre la culture de métairies plus étendues. Tout calcul serait contraire à son intérêt; si l'abstinence est l'unique obstacle, il est évident que toutes ces familles croîtront et multiplieront. Cependant elles sont, comme les autres, frappées d'une stérilité relative. Cela tient à ce que l'affaiblissement général de la race s'est fait sentir partout. Au reste, si le calcul existe (et je le crois), il ne tient pas principalement à la crainte de voir partager la propriété de la famille. Avant que la succession ne soit ouverte, la paternité crée des charges qui durent longtemps, quelquefois toute la vie. C'est à ces obligations que pensent les parents plus qu'à l'intégrité du patrimoine, et cette préoccupation suffit pour inspirer l'abstinence à ceux qui ne reculent pas devant l'idée d'un calcul en cette matière. Il est incontestable que la pensée d'une obligation permanente produit aujourd'hui une impression que nos pères ne connaissaient pas. Remarquons aussi, pour être justes, que la paternité entraîne des charges plus onéreuses qu'autrefois. Les exigences que les usages modernes ont créées sont variées et coûteuses; ceux qui manquent de courage ont au moins des circonstances atténuantes à invoquer. Les uns reculent jusqu'au célibat devant les charges du mariage, et ceux qui se marient ne limitent le nombre de leurs enfants que pour borner celui de leurs obligations. La crainte d'un partage est bien peu de chose, et c'est la crainte inspirée par des engagements trop nombreux qui effraye d'abord et principalement.

Le père, dit-on, craint de condamner ses enfants à la déchéance, s'il a une famille nombreuse. Ici apparaît une contradiction. De deux choses l'une, en effet : ou les enfants seront condamnés à la gêne par le testament qui donnera

Digitized by Google

tout à l'un d'eux, ou cette descente du rang social sera causée par l'exiguïté des parts héréditaires. Dans l'un et l'autre cas, le père aura la douleur de condamner la plus grande partie de la famille à la misère. S'il calcule pour éviter le partage égal, il calculera pour n'avoir pas à déshériter les enfants puînés. Son affection serait brisée par le partage qui réduira tous ses enfants à une petite portion, non moins que par l'exhérédation qui privera le plus grand nombre d'une portion quelconque, si petite fût-elle.

Un des caractères remarquables de notre temps c'est que les enfants ont pris une place considérable dans la famille, et par la famille dans la société. Tandis qu'autrefois l'enfant était relégué dans un coin de la maison, confié aux mains des domestiques, traité presque avec indifférence, aujourd'hui tout est dirigé vers ce petit être; on se dispute ses caresses, on brigue son affection. Le père ne fait pas un effort, la mère n'a pas une pensée qui n'aient l'enfant pour but et pour cause.

Cet amour des enfants, qui certainement honore notre époque, est cependant une des causes morales qui ont le plus contribué à développer la continence dans le mariage. L'affection pour le premier né fait que, dans beaucoup de familles, l'arrivée des cadets est considérée comme un malheur. Non-seulement les parents ne veulent pas que leurs enfants tombent du rang social où la fortune les a placés eux-mêmes; ils rêvent pour eux une élévation extraordinaire. Ceux qui sont dans l'aisance veulent que leurs enfants soient riches; ceux qui sont riches rêvent l'opulence pour leur famille; les plus opulents ambitionnent la puissance pour leurs descendants. La conséquence est le désir de n'avoir qu'un fils ou le regret d'en avoir plusieurs. Cette impression causée par la naissance prouve assez que souvent le sentiment qui porte à regretter la naissance est un obstacle à la naissance elle-même. En résumé, le développement de la population et l'affaiblissement de la race, si réellement ils ont lieu dans notre pays, viennent des causes suivantes :

1° Soit de la propagation des vices, soit de l'effet des grandes guerres;

2° De l'abstinence du mariage ou dans le mariage, abstinence qui s'explique, d'un côté, par le désir d'échapper aux

Digitized by Google

obligations de la paternité, et, de l'autre, par une affection excessive pour le premier enfant.

La crainte du partage est nulle ou presque nulle, et, par conséquent, la liberté de tester ne remédierait pas plus au défaut de population qu'elle n'empêcherait le morcellement du sol et ne rétablirait la grande culture.

On attend de la liberté de tester un autre effet considérable : c'est le *rétablissement du patronage*[1], qui a, dit-on, fait le bonheur de nos ancêtres, et dont la disparition cause une grande partie de nos douleurs sociales. Elle aurait aussi l'avantage de créer des familles-souches, puissantes et durables, protégeant de leur influence ceux qui n'auraient pas une part de succession, les recevant comme un asile toujours ouvert pendant les années de la vieillesse. Les cadets n'ont rien à espérer des familles mobiles; le lambeau de patrimoine qu'ils emportent ne vaut pas la position que la protection d'une famille puissante les aiderait à conquérir. L'industrie manufacturière, ajoute-t-on, se fixerait dans quelques maisons par le choix que ferait le chef du plus capable parmi ses enfants; les rapports des ouvriers avec les familles-souches de l'industrie s'établiraient sur la confiance et dureraient par l'affection réciproque. Au contraire, avec des patrons qui changent par les licitations fréquentes auxquelles conduit le partage forcé, les ouvriers rencontrent des figures nouvelles, et la plus complète indifférence préside aux relations de ceux qui travaillent avec ceux qui font travailler. Le fabricant ne voit dans son industrie qu'un moyen de s'enrichir rapidement; il multiplie la production et attire à lui artificiellement des masses d'ouvriers qu'il renvoie quelques jours après, ne pouvant plus les occuper. Au contraire, si l'industrie se transmettait héréditairement, les affaires ne s'accroîtraient que naturellement, progressivement, et les augmentations attireraient une population correspondante, qui se fixerait près de la manufacture agrandie. Le partage forcé est donc le grand coupable auquel nos maux sont, pour une grande part, imputables. La liberté de tester, dit-on, nous donnerait :

1° Des familles-souches rurales protégeant les puînés et

[1] *Réforme sociale*, par M. Le Play.

Digitized by Google

leur donnant asile en cas de maladie ou pendant la vieillesse;

2° Des familles-souches industrielles où les manufactures se transmettraient héréditairement;

3° Des relations entre patrons et ouvriers fondées sur la confiance et l'affection;

4° La suppression de l'ouvrier nomade, ce fléau de l'industrie.

Reprenons les termes de cette énumération.

1° Est-il désirable, au point de vue d'une bonne distribution de la justice, qu'il y ait des familles-souches investies d'une influence fondée sur la fortune et peuplant les fonctions publiques de leurs cadets? Lorsque la loi dispose que les emplois sont accessibles à tous les Français, il ne faut pas que sa disposition soit une lettre morte. Ce serait *donner et retenir* que de proclamer le principe en cherchant à éviter son application. Dans l'état actuel, les membres de la même famille se donnent un concours réciproque, et cette assistance fondée sur l'affection, appuyée sur l'influence du mérite personnel, est préférable à la puissance traditionnelle d'un fils qui doit tout à la date de sa naissance; car, ne nous y trompons pas, la liberté de tester c'est la prédominance de l'aînesse, non en droit, mais en fait. Aujourd'hui c'est tantôt l'aîné qui protége les puînés, et tantôt au contraire le cadet qui fait la fortune de l'aîné, suivant que le mérite personnel a élevé l'un ou l'autre. La justice n'est-elle pas plus observée dans nos mœurs qu'elle ne l'était dans le régime des anciennes familles, qui, pour se conserver, avaient besoin de compenser par des faveurs au profit des cadets la préférence dont leur frère tenait sa fortune?

Le célibataire qui, à la fin de sa carrière, témoigne le désir de rentrer au berceau de sa famille, y est aujourd'hui encore accueilli à bras ouverts. S'il a quelques ressources, une pension de retraite, quelque modeste qu'elle soit, son entrée est accueillie sans aucune hésitation. Même quand il n'a rien, l'affection fraternelle se réveille, et le vieillard meurtri par les épreuves de sa carrière obtient ou la vie commune ou un secours. Pour arriver à ce résultat, le cœur d'un frère, surtout d'une sœur, vaut un usage, surtout quand l'observation de

Digitized by Google

cette coutume n'est garantie par aucune loi et n'a de sanction que dans l'opinion commune. Croit-on qu'aujourd'hui même, quoique la liberté de tester soit restreinte par la réserve, le sentiment public ne blâmerait pas un homme riche s'il repoussait son frère dans le dénûment? L'affection fraternelle et l'opinion générale sont une garantie suffisante. Je doute que le rétablissement des familles-souches, par la liberté de tester, produise des effets plus étendus.

2° Les grandes industries se perpétuent dans certaines familles, malgré le partage. A Mulhouse, par exemple, les établissements les plus considérables appartiennent à des parents et alliés qui sont demeurés associés après la mort du fondateur. La direction a été confiée au plus capable, et les autres ont conservé une part d'intérêt. Ceux qui préféraient une somme fixe, à l'abri des risques de l'industrie, ont cédé leurs parts à l'un de leurs cointéressés ou à un étranger si les autres copartageants n'ont pas voulu traiter avec eux. Lorsque la licitation est nécessaire, si les cohéritiers sont majeurs on peut exclure les étrangers de l'enchère, et lorsque les étrangers sont admis, on peut les repousser en couvrant les enchères qu'ils proposent. Au reste, je reconnais qu'il y a une concession à faire, et si elle était faite, elle répondrait directement à l'objection dont je m'occupe en ce moment.

3° Il n'y a rien, à mon sens, dans le texte du Code civil qui défende au père, lorsqu'il fait un partage anticipé par donation ou testament, de composer les lots suivant son appréciation, de donner à l'un de l'argent, à l'autre des valeurs de bourse, à celui-ci des biens ruraux, à celui-là un atelier ou une manufacture. Pourvu que la quotité disponible ne soit pas dépassée, la loi me paraît être suffisamment observée. L'article 1076 du Code Napoléon, en effet, dit qu'on appliquera toutes les règles sur les donations et testaments; mais il ne renvoie pas aux dispositions sur les partages, ce qui implique, selon moi, pour le père, une latitude plus grande que n'en ont les tribunaux, dans le cas du partage judiciaire d'une succession *ab intestat*. Cependant la jurisprudence de la Cour de cassation a décidé le contraire, et constamment depuis 1847 [1], elle a jugé que le

[1] La Cour de cassation applique les règles du partage, c'est-à-dire les articles 826 et 882, aux donations entre-vifs et aux testaments contenant

père est seulement substitué aux tribunaux, de sorte que pour la composition des lots, il est tenu de se conformer aux articles 826 et 832 du Code Napoléon. Cette jurisprudence est établie d'une manière tellement solide qu'une loi interprétative pourrait seule en triompher. Cette interprétation législative serait désirable, et elle donnerait satisfaction, dans la mesure de ce qui est possible, à ceux qui craignent le morcellement des propriétés ou la vente des établissements industriels.

4° Les relations de patronage entre le fabricant et ses ouvriers sont chose excellente; leur extension est assurément désirable. Mais l'intérêt bien entendu suffit pour les créer. Dans les grandes villes d'industrie, à Mulhouse particulièrement, les manufacturiers ont attaché les ouvriers par des institutions bien conçues, et la population nomade, cette plaie de plus d'une grande ville industrielle, y est inconnue. La société des cités ouvrières a construit des maisons que les acheteurs se disputent. Au centre, un restaurant, un séchoir, un lavoir font participer les travailleurs aux avantages de la vie collective sans leur demander le sacrifice de la vie individuelle. Cet exemple prouve suffisamment que si le patronage est désirable, le sentiment de l'intérêt personnel bien compris peut en préparer l'établissement et le progrès. Le Code civil ne sera nulle part un obstacle à cette harmonie, le jour où les parties intéressées comprendront leur intérêt, auront le sentiment de leur devoir et seront animées de cette bonne volonté, qui est nécessaire à l'apaisement social.

Je ne terminerai pas sans exprimer l'étonnement dont je me suis senti frappé, lorsque, assis au pied de la chaire de Notre-Dame, j'ai entendu exalter la liberté de tester comme une doctrine chrétienne, ce qui implique sans doute que la réserve n'est qu'une institution anti-chrétienne [1]. Il s'agit ici d'une de ces questions dont, je crois, on peut dire : « *Traditæ sunt disputationibus.* » Elle n'appartient pas à la catégorie de celles

partage anticipé. (Arrêts des 11 mai 1847, 18 décembre 1848, 28 février 1855, 25 février 1856, 11 août 1856 et 9 juin 1857.) Les Cours de Caen (15 juin 1835) et d'Agen (30 janvier 1856) font une distinction entre les partages par donation et les partages par testament.

[1] Le R. P. Félix, dans la série des conférences qu'il a consacrées au développement des conditions d'une économie sociale conforme aux idées chrétiennes, a compté la liberté de tester au nombre de ces éléments.

Digitized by Google

qui relèvent de l'autorité ecclésiastique. Eh! bien, une observation se présente tout d'abord à l'esprit de ceux qui ont étudié le droit romain. L'histoire démontre, au contraire, que la liberté de tester a été restreinte, sous l'influence du christianisme, par la volonté des empereurs chrétiens. C'est une loi païenne, la loi des Douze Tables, qui avait posé le principe : *Uti legassit paterfamilias ita jus esto.* Sous ce régime, le fils oublié était exhérédé avec une rigueur telle que l'exhérédation prévalait même dans le cas où le père n'avait pas connu le fils né pendant son absence. La lettre l'emportait sur la volonté probable; car, vraisemblablement, l'exhérédation n'aurait pas eu lieu si le père avait su qu'un fils lui était né pendant qu'il guerroyait. Le premier progrès, en cette matière, eut pour effet de garantir l'enfant contre l'ignorance ou l'oubli. Les jurisconsultes, dont l'opinion fut adoptée par les préteurs, firent prévaloir cette règle que le testateur, s'il ne voulait pas instituer son fils, devait prendre la peine de le déshériter. On pouvait espérer que l'affection du père serait une garantie suffisante pour les enfants, et, dès le commencement, aucun autre tempérament ne fut jugé nécessaire. Les faits ne tardèrent pas à démontrer l'insuffisance de celui qui avait été adopté. Les jurisconsultes alors imaginèrent une fiction qui adoucit la rigueur de la loi des Douze Tables. Ils supposèrent que le père qui déshéritait son fils n'était pas sain d'esprit, et c'est de cette supposition que sortirent le testament inofficieux et la plainte d'inofficiosité, accordée d'abord aux descendants, puis étendue aux ascendants et même aux frères et sœurs dans quelques cas exceptionnels. Ce n'était pas encore assez. Les testateurs, au lieu de déshériter leurs enfants, ce qui aurait donné ouverture à la plainte d'inofficiosité, les instituaient en leur donnant des objets insignifiants. Ainsi la fiction introduite par les jurisconsultes était éludée, l'inofficiosité ne s'appliquant que dans le cas où il y avait eu institution même pour une petite somme. Il fallut faire un pas de plus, et le testateur fut tenu de laisser le quart; faute de quoi, les héritiers pouvaient réclamer la différence. Cette portion ne parut même pas suffisante à Justinien, qui l'éleva à un tiers, s'il y avait quatre enfants, et à la moitié lorsque leur nombre dépassait ce chiffre. Cet exposé suffit pour démontrer que la liberté de tester est d'origine païenne, et

Digitized by Google

qu'elle a reculé devant les progrès de l'esprit chrétien. Ceux qui soutiennent la réserve et la légitime peuvent donc, à bon droit, réclamer la conformité de leur opinion avec les enseignements que donnait le christianisme aux temps rapprochés du commencement.

La réaction qui s'est produite pendant le moyen âge contre la légitime est d'origine féodale. Les analogies ne sont pas rares entre la loi des Douze Tables et les institutions de la féodalité. Les commencements de Rome portent le caractère de la violence inséparable des mœurs guerrières et conquérantes; c'est aussi la force qui domine dans nos origines. La dureté se montre partout dans les institutions féodales comme dans les lois de Rome naissante. C'est la notion de puissance et de force qui est constamment substituée à l'idée du droit. Aussi le progrès de la législation a-t-il, chez nous comme à Rome, consisté à faire prévaloir la justice sur l'arbitraire. Les assemblées de la Révolution, la Convention notamment, dépassèrent le but. L'égalité absolue et le partage forcé étaient la négation du droit de disposer : la protection accordée aux enfants devenait une injustice contre le chef de famille. Le Code Napoléon a, dans une juste mesure, selon moi, concilié la protection due à l'enfant avec le droit de disposer des parents. Les chiffres corrélatifs de la quotité disponible et de la réserve n'ont rien d'absolu. Ils pourraient certainement être remaniés sans qu'aucun principe fût blessé par ce changement, et aux nombreuses modifications qui ont été faites jusqu'à présent, on pourrait en ajouter quelques-unes encore. La proportion nouvelle qui serait adoptée n'aurait, pas plus que les précédentes, un caractère immuable, puisqu'en cette matière il faut absolument s'arrêter à une mesure arbitraire. Les dispositions actuelles ont l'avantage de la possession; elles sont consacrées par une durée de soixante ans, et, selon moi, le long usage qui ne doit ni ne peut prévaloir contre un principe, est une raison décisive pour résoudre les questions d'appréciation et de degré.

Parmi les partisans de la liberté de tester, il en est plusieurs qui cèdent plutôt à une préoccupation politique qu'au sentiment chrétien. Ils voient dans cette réforme un moyen de rétablir des institutions anciennes et de créer des maisons

Digitized by Google

puissantes. A leur avis, ces familles seraient des boulevards de libéralisme placés entre le despotisme et la révolution, résistant aux entreprises du pouvoir et refrénant les mouvements des factieux. Quand l'indépendance a, pendant des siècles, formé la tradition d'une famille, elle a une force invincible, et si l'on suppose tout le pays occupé par des foyers où le sentiment libéral brûle depuis longtemps, il n'y a rien à craindre de ce côté; le gouvernement trouvera des résistances, s'il tente quelque usurpation, et les révolutions de la capitale ne seront pas acceptées par les départements.

Ces considérations font naître la question de savoir si l'ordre civil doit être subordonné au régime politique; mais, sans aborder cette question difficile, je crois pouvoir répondre que cette espérance n'est pas justifiée par l'histoire. Certes, il y aurait une grande injustice à nier les hauts faits de nos anciennes familles; elles ont, pour une grande part, contribué à former le fonds précieux de notre gloire nationale, et tout Français, d'où qu'il vienne, ne pourrait pas, sans lèse-patriotisme, renier les souvenirs de la noblesse française. Il faut reconnaître cependant que cette aristocratie a été surtout militaire, et les nouvelles familles qui se fonderaient, ne donneraient probablement pas plus que les anciennes des défenseurs à la liberté. Les conditions de la société présente sont telles que le bien, quel qu'il soit, est demandé à toutes les classes. Les services que la liberté réclame ne peuvent être le privilége d'aucune catégorie; ils sont l'obligation de tous, de même que la qualité de Franc, c'est-à-dire d'homme libre, appartient à chacun.

A. BATBIE.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

QUESTIONS PRATIQUES ET DOCTRINALES DE CODE NAPOLÉON,

Par A. Bertauld, professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Caen, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats [1].

Compte rendu par M. E. Caillemer, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

Le volume sur lequel nous appelons aujourd'hui l'attention des lecteurs de la *Revue critique* ne leur est point complétement inconnu; plusieurs des études qu'il renferme leur ont été déjà soumises, et si l'auteur y a introduit quelques changements ou quelques additions, il n'est pas impossible de reconnaître encore leur forme primitive. Notre tâche est donc des plus simples, puisque nous n'avons point à faire l'éloge de l'auteur ni de ses travaux.

Tous ceux, en effet, qui nous feront l'honneur de lire ces lignes ont pu apprécier, dans ce recueil même, les qualités solides en même temps que brillantes qui recommandent toutes les œuvres de l'éminent professeur de la Faculté de Caen. En constatant la répugnance qu'il éprouve à revenir sur des sujets qui lui paraissent avoir reçu des développements suffisants, ils ont pu juger de son amour pour les questions nouvelles que la pratique quotidienne du barreau lui révèle et pour les difficultés que les écrits de ses prédécesseurs n'ont point débarrassées de toute obscurité ; ils savent aussi de quelle façon saisissante et originale M. Bertauld a l'habitude de formuler sa pensée. On a dit, il est vrai, que ses livres ne sont point accessibles à tous, et que ceux-là seuls qui sont déjà familiarisés avec les controverses de la science du droit peuvent en aborder utilement la lecture. Nous ne sommes point personnellement de cet avis, et si nous faisions appel aux impressions des élèves de notre ancien maître, tous se joindraient à nous pour protester contre cette appréciation. Ce qui est in-

[1] Cosse et Marchal, 1 vol. in-8° de 551 pages.

Digitized by Google

contestable, c'est que M. Bertauld ne cherche point à dispenser ses lecteurs de tout travail personnel ; c'est qu'il ne veut point leur faciliter outre mesure l'intelligence des théories difficiles qu'il a à leur exposer ; il sait les contraindre à réfléchir et à penser par eux-mêmes ; et si quelquefois il soumet leur esprit à de certains efforts, sans lesquels ils arriveraient difficilement à dégager une solution de considérations philosophiques et critiques présentées sous une forme concise et abstraite, c'est qu'il est convaincu que la science trop facilement acquise disparaît rapidement.

Quant à ses livres, sans rappeler les approbations qu'ils ont reçues, non-seulement des jurisconsultes, mais encore des publicistes les plus distingués de la France et de l'étranger, approbations qui sont la meilleure garantie de leur valeur scientifique, ils ont trouvé des lecteurs nombreux et empressés, et plusieurs éditions de quelques-uns d'entre eux ont été rapidement écoulées sans que cet empressement du public fût arrêté. Il en sera de même, suivant toute vraisemblance, pour le recueil de *Questions pratiques et doctrinales* qui vient de paraître, et qui touche à des points si nombreux que tous ceux qui s'occupent de l'étude de nos lois civiles ont intérêt à le consulter.

Obligé que nous sommes, si nous ne voulons point rester dans de vagues généralités, de faire un choix parmi les seize dissertations que contient le volume de M. Bertauld, nous nous arrêterons pendant quelques instants sur deux sujets qui nous ont plus particulièrement frappé.

I.

Le Corps législatif a voté le 27 juin 1866, et l'Empereur a sanctionné le 14 juillet suivant une loi qui réglemente le droit désigné habituellement sous le nom de *propriété littéraire* [1] : « Ce n'est pas, dit M. Bertauld, une loi qu'on puisse accuser de précipitation ; elle a été préparée par des commissions officielles, riches de lumières, par nos meilleurs publicistes, par nos plus profonds jurisconsultes, par des hommes de lettres pour lesquels c'était une affaire de famille, par la discussion et

[1] *Op. laud.*, p. 199-200.

Digitized by Google

le texte des lois de tous les pays civilisés..... Et cependant cette loi, qui s'offre à nous avec tant de garanties, est-elle une loi absolument satisfaisante? Ne laisse-t-elle pas survivre beaucoup de doutes? Ne provoque-t-elle pas beaucoup de controverses, non-seulement doctrinales, mais pratiques? »

La réponse ne peut être douteuse, ni pour l'auteur, ni pour nous; et en dehors même des questions qui ont préoccupé notre excellent maître, nous pourrions en citer plus d'une sur laquelle nos perplexités sont grandes. On aimerait à trouver dans les documents qui accompagnent la loi quelques éléments de décision; on les y cherchera presque inutilement. On rencontre, il est vrai, dans le rapport fait au Corps législatif, d'ingénieuses allusions à des souvenirs mythologiques et historiques, aux siècles de fer, d'airain, d'argent et d'or, à la boîte de Pandore, à Homère, Virgile et Racine... Nous y lisons même cette prodigieuse assertion, plusieurs fois déjà citée avec éloge, et qui pourtant, oserons-nous le dire, n'est rien autre chose qu'une énorme inadvertance, preuve nouvelle de la réserve que les gens les plus spirituels doivent s'imposer dans ces graves matières. En étendant l'usufruit non-seulement aux veuves, mais encore au conjoint survivant au veuf, *nous vous proposons l'abrogation de la loi salique dans la république des lettres!*... La loi de 1854, qui établissait un privilége pour les femmes, comparée à la loi salique!... Mais où sont donc les démonstrations juridiques qui seules nous intéressent et que nous étions en droit d'attendre?

Aussi, grandes doivent être les indécisions. En faut-il des preuves? Nous les fournirons aisément, sans même faire des emprunts à M. Bertauld.

Nous lisons dans l'art. 1er : « Si l'auteur laisse des héritiers à réserve, cette jouissance (au profit du conjoint survivant) *est réduite* au profit de ces héritiers, suivant les proportions et distinctions établies par les art. 913 et 915 du Code Napoléon. » — *Est réduite!* La loi va-t-elle établir ici une réduction de plein droit? Ou bien, au contraire, faudra-t-il appliquer cette règle capitale de notre droit civil, d'après laquelle, tant que l'héritier à réserve garde le silence, tant qu'il ne forme pas d'action en réduction, sa disposition excessive doit s'exécuter intégralement?

Admettons que la formule de la loi est inexacte, qu'elle a en

Digitized by Google

vud l'action en réduction? — Mais n'est-ce pas là une grave innovation? Les actions en réduction s'exercent contre les libéralités qui émanent de la volonté de l'homme; ici elles vont être dirigées contre une attribution faite par la loi dans sa toute-puissance. — A quelque point de vue que l'on se place, voilà donc une anomalie dans notre droit.

Mais ce n'est pas la seule. Sur l'article 767, les auteurs sont unanimes pour reconnaître que le droit de successibilité réciproque entre les époux existe, même après la séparation de corps, non-seulement au profit de l'époux qui l'a obtenue, mais encore au profit de celui contre lequel elle a été prononcée. — Le droit de jouissance établi par la loi du 14 juillet 1866 est refusé à celui contre lequel l'action en séparation a réussi.

Ne faut-il pas même aller plus loin et refuser à l'époux innocent et victime le bénéfice de la loi nouvelle? — M. Bertauld répond affirmativement : « C'est un droit qui n'existe pas au profit du conjoint si, au décès de l'auteur, il y a séparation de corps, que cette séparation ait été obtenue par l'auteur ou *prononcée contre lui*... L'époux survivant victime des sévices de l'auteur, quelle que soit l'époque de la publication, cette publication fût-elle antérieure à la séparation de corps qu'il a réclamée, n'a aucun titre à faire valoir sur l'œuvre et sur le droit de la reproduire[1]. »

Pour nous, lorsque nous lisons dans l'article 1er de la loi : « Cette jouissance n'a pas lieu lorsqu'il existe au moment du décès une séparation de corps prononcée contre le conjoint survivant, » nous ne pouvons admettre la solution donnée par l'éminent jurisconsulte, et nous croyons que, si la séparation de corps avait été prononcée contre l'auteur prédécédé, le survivant pourrait invoquer la seconde disposition de l'article 1er.

Que l'on ne nous objecte pas que la loi nous fournit seulement un argument *à contrario;* que cette espèce d'argument ne doit pas être admise lorsqu'en l'employant on s'écarte du droit commun; que le droit commun, d'après l'article 767, est qu'il n'y a aucune différence à faire entre l'innocent et le coupable, quant aux droits de successibilité réciproque, et

[1] *Op. laud.*, p. 214-215.

Digitized by Google

que, par conséquent, ce que la loi de 1866 refuse au coupable doit aussi être enlevé à l'innocent. — Ce raisonnement n'est point admissible, et il suffit pour s'en convaincre de se référer aux discussions préparatoires de la loi. Le législateur n'a voulu punir que l'époux coupable ; c'est ce que prouve le rapport supplémentaire de M. Perras dans lequel nous lisons : « La Chambre avait paru frappée du scandale qui produisait l'attribution d'un usufruit au conjoint qui aurait subi une condamnation en séparation de corps... Ni le Conseil d'État ni la commission n'ont hésité à s'associer par une déchéance expresse à l'honorable scrupule du Corps législatif. »

Est-ce à dire que l'inexactitude que nous signalons dans le livre de M. Bertauld soit sans excuse? Non assurément; notre ancien maître s'est seulement laissé entraîner par la rigueur de sa logique qui, un certain point de départ une fois admis, l'a conduit de déductions en déductions à une conséquence rationnelle et lui a fait oublier les dispositions de la loi positive. Pour lui, pendant toute la vie de l'auteur, le droit de celui-ci n'a point le caractère d'un droit pécuniaire[1]. Quand donc la communauté vient à se dissoudre par la mort du conjoint de l'auteur, le droit ne fait pas partie de la communauté, et les héritiers du prédécédé ne peuvent pas inquiéter l'auteur dans l'exercice de sa souveraineté; ils ne peuvent élever aucune prétention qui le trouble dans la disposition de son œuvre[2]. — Or, s'il en est ainsi quand la communauté se dissout par la mort du conjoint, il en doit être de même au cas de dissolution par la séparation de corps. Celui des époux qui a réussi dans son action ne peut pas demander, en effet, que les droits d'auteur entrent en ligne de compte dans le partage de la communauté, puisqu'ils ne deviendront une valeur pécuniaire qu'après la mort de l'auteur. — Et si, au moment de la séparation, lorsqu'on réglait les droits de l'époux qui avait réussi, on n'a pas dû faire entrer cet élément dans la masse, comment s'en préoccuperait-on plus tard, quand l'auteur viendra à mourir, à une époque où le lien du mariage aura été si fortement ébranlé par la séparation de corps?

Cette argumentation, que nous prêtons à M. Bertauld, aurait

[1] *Op. laud.*, p. 215.
[2] *Op. laud.*, p. 215.

Digitized by Google

pu avoir quelques chances de succès sous l'empire de la loi du 8 avril 1854. — Mais aujourd'hui les droits du conjoint survivant sont parfaitement distincts des droits de communauté; on ne peut point argumenter par analogie des uns aux autres. Dans tous les cas, le texte de la loi est formel, et nous devons nous incliner devant lui.

Nous ne voulons pas insister plus longuement sur ce premier point; nous abandonnons sans regret une loi à l'occasion de laquelle nous pourrions reproduire les observations que nous avons déjà faites dans ce recueil même sur la loi du 3 juin 1865, pour passer à la seconde difficulté que nous nous proposons d'examiner.

II.

C'est une question depuis longtemps agitée que celle de savoir si tous les biens qui composent une succession, en quelque lieu qu'ils se trouvent situés, doivent être régis par la loi personnelle du domicile du défunt, ou s'il faut appliquer à chaque bien envisagé individuellement la loi du pays dans lequel il est placé. En d'autres termes et plus spécialement, les immeubles situés en France et appartenant à un étranger doivent-ils être transmis *ab intestat* d'après la loi étrangère ou d'après la loi française?

La première opinion, défendue par Zachariæ[1] et par d'éminents jurisconsultes étrangers[2], est presque unanimement abandonnée chez nous, et la Cour de cassation l'a encore récemment proscrite par un arrêt du 22 mars 1865, dans lequel on lit que « la loi française seule règle tout ce qui est relatif à la succession, même à l'égard des étrangers, des immeubles situés en France[3]. »

M. Bertauld prête le secours de son argumentation à la thèse que de pareilles défaites ont considérablement ébranlée. Nous

[1] V. la traduction de MM. Massé et Vergé, t. Ier, p. 38. Zachariæ n'a pas été suivi par MM. Aubry et Rau, t. I, 3e édit., p. 74, § 31, n° 13.

[2] V. notamment M. Arntz, professeur à l'Université de Bruxelles, *Cours de droit civil français*, 1860, t. I, p. 35 : « Les lois qui règlent les successions sont des statuts personnels... Cette opinion seule est conforme aux vrais principes. »

[3] Journal du Palais, 1865, p. 407.

Digitized by Google

ne croyons pas qu'il soit possible de présenter sa défense d'une manière plus heureuse et plus digne de captiver l'attention des lecteurs. — Se fondant sur des considérations de l'ordre le plus élevé, sur le caractère de la souveraineté du pouvoir législatif et sur le principe directeur des lois de succession, l'auteur s'attache à démontrer qu'il n'est pas raisonnable d'admettre que les affections du défunt ont varié avec les territoires dont les diverses fractions de la fortune dépendent, alors que ces affections présumées servent de base à la délation du patrimoine par le législateur. Est-ce que les préférences pour les différents membres de notre famille peuvent être subordonnées à l'assiette diverse des biens dont se compose notre héritage[1]? — M. Bertauld met alors en saillie les inconvénients qui résulteront de cette division de l'universalité, soit quant aux modalités de l'acceptation, soit quant à la répartition des dettes, soit quant à l'égalité des partages; il indique enfin les conflits internationaux qui ne pourront manquer de se produire si nous proclamons la réalité de nos lois de succession quand presque tous les États voisins admettent que les leurs sont personnelles.

En voici un exemple que nous fournit le Code civil italien du 25 juin 1865[2]. D'après l'article 8 du titre préliminaire de ce Code, les successions légitimes et testamentaires, soit quant à l'ordre de succéder, soit quant à la mesure des droits successoraux, et la validité intrinsèque des dispositions sont réglées par la loi nationale de la personne de l'hérédité de laquelle il s'agit, de quelque nature que soient les biens et en quelque pays qu'ils se trouvent : « Le successioni legittime o testamentarie... sono regolate dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratta, di qualunque natura, siano i

[1] M. Arntz, dans le livre que nous avons cité, fait cette remarque, que « la succession ou le patrimoine de l'individu est la continuation de la personne même; c'est une personne morale qui a des droits et des obligations... Cette personnalité ne peut pas continuer son existence purement abstraite; elle doit avoir des représentants, des continuateurs de la personne du défunt. Or les lois qui règlent la continuation de la personne doivent être les mêmes que celles qui régissaient l'existence juridique de la personne de son vivant; ces mêmes lois doivent régler sa succession. » (*Cours de droit civil français*, t. Ier, p. 35, n° 72.)

[2] L'article 12 du Code Albertin étant conçu comme l'article 8 du Code Napoléon, la question offrait moins d'intérêt.

Digitized by Google

beni, ed in qualunque paese si trovano[1].» Un Italien meurt, laissant des immeubles situés en France. D'après la loi de son pays, ces immeubles devront être partagés en se conformant aux articles 721 et suivants du Code italien, tandis que la loi française voudra appliquer les articles 718 et suivants du Code Napoléon. — Et réciproquement, si un Français, propriétaire d'immeubles situés en Italie décède, la loi italienne ne sera pas applicable à ces immeubles, et la loi française, son caractère de réalité une fois admis, ne pourra pas non plus les atteindre. — Dans le premier cas, qui fera cesser ce conflit positif entre les deux lois[2]? Dans le second cas, quelles seront les règles qui devront présider à la dévolution de ces biens sur lesquels les deux législateurs français et italiens refusent d'étendre leur action?

Si nous devions rester uniquement sur le terrain du droit rationnel, nous adopterions très-volontiers l'opinion fort habilement développée par notre ancien maître. Mais la démonstration nous paraît moins convaincante lorsque nous pénétrons dans le domaine du droit positif. Nous nous heurtons alors à la formule très-nette de l'article 3 du Code Napoléon : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » — Vainement M. Bertauld s'efforce de restreindre cette disposition à quelques points de détail, à la question de savoir si un bien est meuble ou immeuble; s'il est susceptible de tel ou tel démembrement; s'il est prescriptible et par quel laps de temps; s'il peut être transmis sans publicité... Les expressions si larges qu'emploie le législateur nous paraissent s'opposer à une interprétation qui procédera sans cesse par voie de distinction.

Est-il vrai, d'un autre côté, que la loi du 14 juillet 1819 ne soit pas très-favorable à la thèse que nous préférons, et qu'elle se concilie plus aisément avec le principe de la personnalité qu'avec le principe de la réalité? — C'est ce que nous ne sau-

[1] Cet article que nous venons de citer n'est pas, comme on l'a dit, l'article 8 du Code civil italien, article qui s'occupe « *della cittadinanza;* » mais bien l'article 8 des *Disposizioni sulla publicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale.*

[2] L'article 8 des *Disposizioni* ne contient pas, en effet, la réserve écrite dans le premier alinéa de l'article 7 : « Salve le contrarie disposizioni della legge del paese nel quale si trovano. »

Digitized by Google

rions admettre. Un des griefs les plus forts que les adversaires de la loi de 1819 invoquaient contre elle, c'était précisément que la loi renfermait un excès de pouvoir, qu'elle offensait indirectement les lois des gouvernements voisins en soumettant aux statuts de notre droit successif les biens privés situés dans les pays étrangers, biens qui sont hors de la dépendance de l'État français. Cette loi, disait M. Cornudet, sera d'une exécution hérissée de difficultés, et elle pourra même devenir le sujet d'un démêlé diplomatique à chaque ouverture de droit[1]. — Or le garde des sceaux, dans sa réponse à l'objection, ne dit pas que la loi française pouvait s'appliquer à des biens situés à l'étranger; il se borna à justifier l'article 2 de la loi de 1819, en faisant remarquer qu'il n'autorise de prélèvements que sur les biens situés en France[2]. Dans sa pensée donc, comme dans celle de M. Cornudet, les lois de succession étaient vraiment des lois appartenant au statut réel et non pas au statut personnel. Telle était aussi l'opinion exprimée par M. Siméon, dans une note du rapport qu'il présenta à la Chambre des députés : « Lorsque l'abolition sera prononcée, les tribunaux français jugeront les héritiers et les testateurs étrangers d'après notre loi commune, et comme ils jugeraient des héritiers et des testateurs français[3]. »

Ce que nous admettons volontiers, et nous sommes heureux de donner cette satisfaction à l'éminent jurisconsulte dont nous écartons la solution, c'est qu'il y a là « une question digne de l'attention législative[4]. »

Nous nous sommes imposé, dès le début, l'obligation de ne point étendre trop loin nos observations et de résister au désir que nous pourrions avoir d'insister sur de nouvelles théories exposées dans cet intéressant volume. Aussi devons-nous passer sous silence des pages bien courtes, mais très-substantielles, sur la date des effets des décisions constitutives d'incapacité, sur les obscurités de l'article 926 du Code Napoléon, sur les effets de l'action en réduction contre les tiers, lorsque les libéralités ont été déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux... Si nous voulions indiquer toutes les difficultés

[1] Locré, *Législation civile*, t. X, p. 550-552.
[2] Locré, p. 565.
[3] Locré, p. 474.
[4] *Op. laud.*, p. 89.

Digitized by Google

à la solution desquelles l'auteur a apporté un vaste contingent de lumières, nous franchirions de beaucoup ces limites dans lesquelles un simple compte rendu doit savoir se renfermer.

Il y a dix ans déjà, en 1857, M. Bertauld conseillait aux juristes de renoncer aux gros volumes, de se borner à consacrer quelques pages à des travaux de redressement, à l'exposition d'idées nouvelles, d'écrire pour ceux qui savent et ne sont pas jaloux de lire ce qu'ils ont déjà lu trop de fois. Au précepte il joint aujourd'hui l'exemple. Espérons que notre ancien maître ne s'arrêtera pas dans cette voie et qu'un nouveau recueil de *Questions pratiques et doctrinales* suivra de près celui dont nous venons de signaler la récente publication.

E. CAILLEMER.

ESSAIS

SUR LE DROIT PUBLIC ET PRIVÉ DE LA RÉPUBLIQUE ATHÉNIENNE,

I, *Le droit public*, par Georges PERROT, 1867.

Compte rendu
par M. Paul GIDE, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Il ne faut pas prendre à la lettre le titre trop modeste de cet ouvrage. Ce que M. Georges Perrot nous promet, ce qu'il nous donne en partie dès aujourd'hui, ce ne sont pas de simples essais, de simples études fragmentaires sur quelques lois grecques, c'est un traité général et complet du droit attique. L'entreprise est hardie et mériterait déjà à ce titre d'être encouragée. Dans le vaste champ que M. Perrot est en train de parcourir, aucun explorateur ne lui a frayé le chemin; pour trouver des devanciers, il lui faudrait remonter jusqu'au temps de Samuel Petit, c'est-à-dire à une époque où la critique historique était encore ignorée; la savante Allemagne elle-même n'a que des renseignements incomplets à lui fournir. Va-t-il trouver du moins dans les sources mêmes, dans les monuments de l'épigraphie ou de la littérature grecques, des indications assez précises pour le guider jusqu'au terme de sa route? Pas davantage, si l'on en croit l'opinion commune : d'après un

Digitized by Google

préjugé vulgaire, contre lequel la science a trop rarement protesté, le droit grec aurait péri tout entier, et il serait aussi téméraire aujourd'hui de prétendre en réunir et en restaurer les débris, que de vouloir retrouver, sous les fouilles de l'Athènes moderne, les gradins du Pnyx et la tribune de pierre où parla Démosthène. Le droit grec a péri, ajoute-t-on, et il devait périr; car le génie du législateur a fait défaut à ce peuple spirituel et artiste, mais capricieux et mobile; ce n'est pas par son droit, c'est par sa littérature et ses arts qu'Athènes a su régner sur le monde, et quand même on parviendrait à grand'-peine à reconstruire aujourd'hui quelques-unes de ses institutions juridiques, la science générale de la législation n'aurait sans doute que fort peu de chose à y gagner.

Déjà avant d'avoir lu le livre de M. Perrot, nous hésitions à nous ranger à cette opinion commune, et nous nous demandions si ce dédain pour le droit grec n'avait pas sa vraie cause dans l'ignorance. Nous nous demandions si le peuple le plus intelligent qui fût jamais n'avait rien à nous apprendre en fait de législation, si un droit débattu chaque jour par les Lysias, les Isée, les Démosthène, était indigne de la science, et si ces nombreux plaidoyers civils des maîtres de l'éloquence antique ne fournissaient pas des matériaux suffisants pour le rétablir. Aujourd'hui le doute n'est plus permis, et aucun de ceux qui étudieront le droit attique dans le livre que nous annonçons en ce moment, ne sera tenté de contester l'intérêt de cette étude ou son importance.

Les jurisconsultes, en particulier, doivent leurs remercîments à l'auteur d'un livre qui leur ouvre une région nouvelle dans l'étude des législations comparées. Sans doute ils ne retrouveront pas dans ce droit nouveau ce qu'ils sont habitués à admirer dans la loi romaine, la précision des formules, la subtilité de l'analyse, la rigueur inflexible de la logique. Rien ne ressemble moins au droit de Rome que le droit d'Athènes. A des hommes plus avides de domination que d'indépendance, comme l'étaient les Romains, il fallait une forte autorité, une stricte discipline, un droit énergique, impérieux, qui pût devenir un instrument de domination et de conquête. Mais le libre génie de la Grèce n'eût jamais pu se plier à un joug aussi dur; c'est un droit plus souple et plus mobile qui convenait à la démocratique Athènes; interprété et appliqué par les ci-

Digitized by Google

toyens eux-mêmes, réunis en assemblée populaire sans distinction de fortune ni de naissance, le droit à Athènes n'était que l'expression du sens commun et de la conscience publique; la jurisprudence n'était point un art savant, œuvre de quelques adeptes ou de quelques corps constitués, elle était l'œuvre directe et spontanée de la société tout entière. Le droit attique est donc un droit à part, il ne ressemble à aucune autre législation ancienne ou moderne, et c'est précisément à ce titre que son étude peut être, ce me semble, plus intéressante et plus profitable pour nous. Trop longtemps les jurisconsultes, admirateurs trop exclusifs de l'antiquité romaine, ont cru trouver chez un seul peuple et dans un seul code le dernier mot de la science. Ce dernier mot, la science ne l'a pas dit encore, elle marche, elle progresse toujours, et c'est dans l'avenir et non dans le passé qu'est l'idéal qu'elle poursuit. Ce que le passé peut nous fournir, ce sont des documents, des expériences, des points de comparaison, et plus ces points de comparaison sont nombreux et divers, plus l'étude du passé devient féconde. Chaque fois que nous pouvons découvrir loin de nous, chez ces peuples dont les siècles ou les méridiens nous séparent, quelque idée juridique nouvelle, quelque institution encore inconnue, c'est une conquête que remporte la science, c'est une barrière qui tombe, un préjugé qui s'efface, un progrès qui se prépare ou s'accomplit.

Mais je reviens à M. Georges Perrot, car je n'ai pas dit encore tout ce dont nous lui sommes redevables. Ce que nous lui devons, ce ne sont pas seulement quelques pages nouvelles dans l'histoire du droit comparé, c'est, chose plus précieuse encore, une méthode nouvelle, et qui pourra s'appliquer avec avantage à l'étude historique du droit romain et du droit français. L'auteur de ces *Essais* ne se contente pas de rapprocher des textes, de combiner des lois, de reconstruire pièce à pièce le mécanisme des institutions antiques; il fait mieux : ce mécanisme, il le fait, pour ainsi dire, fonctionner sous nos yeux; c'est la vie même du peuple athénien qu'il sait nous rendre, dans des tableaux toujours animés et fidèles, parfois saisissants par la vivacité et la vérité des couleurs. Il a voulu, comme il le dit lui-même, « nous faire voir, sur l'agora grecque ou sur le forum romain, des hommes semblables à nous, soumis aux mêmes besoins, sujets aux mêmes fai-

Digitized by Google

blesses, mus par les mêmes ressorts. » Tel n'est pas, il faut en convenir, le but que semblent s'être proposé, d'ordinaire, la plupart de ceux qui ont fait de l'histoire du droit l'objet de leurs recherches. N'a-t-on pas vu dans les siècles derniers, parfois même peut-être dans le nôtre, l'histoire du droit se réduire, sous la plume des légistes, à un assemblage de textes légaux savamment restitués, ingénieusement combinés; la lettre de la loi était rétablie et commentée ligne après ligne; c'était beaucoup sans doute, mais ce n'était point assez, et si vous eussiez demandé à ces subtils interprètes comment cette lettre morte est devenue une loi vivante, comment ces formules légales se sont pliées et adaptées, dans la pratique, aux mœurs et aux besoins de la société, ils n'auraient rien eu à vous répondre. Une telle méthode, est-il besoin de le dire, eût été insuffisante, à quelque législation qu'on l'eût appliquée; elle devenait fausse et pernicieuse lorsqu'on l'appliquait aux législations de la Grèce et de Rome. Les législateurs grecs et romains, il ne faut pas l'oublier, avaient procédé tout autrement que nos législateurs modernes : ils n'avaient jamais songé (du moins avant les Césars du Bas-Empire) à fixer et à renfermer la loi tout entière dans des codes complets et définitifs et à la placer ainsi en dehors et au-dessus des fluctuations de la coutume et du mouvement de la vie sociale. Loin de là ils s'étaient bornés à poser un petit nombre de principes généraux, qui devaient ensuite se développer, se compléter, se transformer, par le progrès incessant des mœurs et de la jurisprudence. Le droit grec ou romain était donc avant tout un droit coutumier. Formé par les besoins de la pratique, interprété par un jury civil et par des magistrats que renouvelait chaque année l'élection populaire, ce droit, sorti du peuple et se retrempant incessamment à sa source, se confondait avec la vie sociale elle-même, dont il était la plus haute et la plus complète manifestation. M. Georges Perrot l'a bien compris : pour nous faire connaître et comprendre la loi grecque, il ne s'est pas contenté de faire œuvre d'érudit et de déployer à nos yeux sa connaissance étendue des textes législatifs ; il a fait appel à sa pénétration et à son tact d'historien pour fixer les traits caractéristiques d'une législation changeante et mobile comme le peuple qu'elle gouvernait. Il a fait plus encore : il n'a pas seulement étudié la Grèce dans les

Digitized by Google

livres, il l'a visitée, il y a vécu, il a habité au pied de ces collines où s'assemblaient les Héliastes, où siégeait l'Aréopage, et dans les tableaux qu'il nous retrace, les souvenirs et l'imagination du voyageur viennent souvent animer et colorer la science de l'historien et de l'helléniste. Faut-il s'étonner après cela si M. Perrot a su rendre à ces institutions, mortes depuis deux mille ans, quelque chose de vivant et, pour ainsi dire, d'actuel? Il est après tout plus d'un trait commun entre le génie d'Athènes et le nôtre, et l'étude du gouvernement à la fois le plus libéral et le plus démocratique de l'antiquité n'a jamais présenté peut-être un intérêt plus actuel que dans le siècle et dans le pays où nous vivons. Qu'on lise, par exemple, dans les *Essais sur le droit attique*, les pages 85, 92, 183, 231, où l'auteur met en regard les institutions grecques et celles qui nous gouvernent, et l'on verra combien nous sommes rapprochés encore de cette société dont tant de siècles nous séparent, et combien sa sagesse ou ses erreurs, ses succès ou ses revers, peuvent être féconds pour nous en exemples ou en avertissements.

Pour faire ainsi revivre les hommes et les institutions du passé, une observation pénétrante ne suffit pas, il y faut joindre une certaine chaleur d'âme, une certaine puissance de sympathie. On ne sera donc pas surpris si je dis que M. Georges Perrot a pour les Athéniens une sympathie des plus vives, et qui va même volontiers jusqu'à l'indulgence et à la faiblesse. Un critique inflexible pourrait, sans doute, le lui reprocher. Pour mon compte, je n'en ai pas le courage. Il n'est pas besoin de connaître les Grecs aussi intimement que les connaît notre auteur, pour ressentir soi-même un peu de cette sympathie et de cette indulgence envers un peuple aimable et séduisant entre tous. Est-il sage d'ailleurs de condamner l'historien à une froide indifférence, et n'y a-t-il pas, dans la vie des peuples comme dans celle des individus, bien des secrets que la sympathie et l'amitié devinent, mais que l'observation la plus sagace n'aurait jamais su pénétrer? Je le crois, et je suis convaincu que si M. Perrot avait moins aimé la Grèce, il n'aurait pas si bien réussi à nous faire comprendre ses mœurs et son génie.

M. Perrot n'aura donc qu'à rester fidèle, dans la seconde partie de son œuvre, à la méthode et aux principes qui l'ont

Digitized by Google

si bien guidé dans la première. Tout ce que nous lui demandons, c'est de ne pas nous faire attendre trop longtemps ce second volume qu'il nous promet. Jusqu'ici il ne nous a fait connaître que le gouvernement et la constitution de la république athénienne, l'organisation de ses tribunaux, les sources générales de son droit; en un mot, il ne nous a montré les Athéniens que dans leur vie publique et politique; il nous tarde de pénétrer avec lui jusque dans le secret de leur vie privée, d'apprendre de lui comment la loi grecque avait organisé la famille, garanti la propriété, réglé les contrats, distribué les successions. Ici les difficultés, les problèmes se multiplient, et, pour les résoudre, la science de l'helléniste et de l'historien ne suffisent plus, il faut y joindre le sens pratique et la finesse un peu subtile du jurisconsulte. Que M. Perrot sache allier ces qualités nouvelles dont il n'a pas encore eu besoin à toutes celles qu'on lui connaît déjà, qu'il complète et couronne son œuvre, et il aura élevé un monument durable à la science de la législation.

PAUL GIDE.

Digitized by Google

TABLE DES PRINCIPAUX ARTICLES

PAR ORDRE DE MATIÈRES.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

Pages.

Observations sur un mémoire de M. Batbie, intitulé *Révision du Code Napoléon*, par *M. Duverger*. 128
Suite. 328
Suite. 402
Réponse de *M. Batbie*. 213
Observation sur la célébration des mariages à propos d'une opinion de M. Batbie, par *M. Huc*. 346
De la légitimation des enfants nés avant un mariage contracté avec dispense, par *M. Bressolles*. 193
Le mineur soumis à la tutelle légale de son père perd-il le rang attaché à l'hypothèque légale de sa mère lorsque cette hypothèque n'est pas inscrite dans l'année du décès de celle-ci? par *M. Nicollet*. . . 289
Examen doctrinal de la jurisprudence en matière de mariage, par *M. Gérardin*. 97
De l'obligation de la femme de résider avec le mari, par *M. Lesenne*. 513
De la propriété des petits cours d'eau, par *M. Latreille*. 489
Du caractère de l'obligation du locataire et du droit du locateur, par *M. Thiercelin*. 37
D'un projet de loi sur les ventes judiciaires, par *M. L. M. de Valroger*. 251
Une lacune du régime hypothécaire en Algérie, par *M. Robinet de Cléry*. 365

DROIT ADMINISTRATIF.

Des attributions des conseils généraux, par *M. Serrigny*. 232
De la diffamation contenue dans la délibération d'un conseil municipal; compétence, par *M. Reverchon*. 112

Digitized by Google

DROIT CRIMINEL.

Pages.

Examen de la jurisprudence en matière d'extradition, par *M. Ducrocq* 1

De l'action civile, par suite de délits, contre les magistrats, par *M. Cardot*. 257

DROIT ROMAIN.

De la distinction des servitudes prédiales en droit romain, par *M. Machelard*. 262

Théorie des contrats innomés, par *M. Accarias;* compte rendu par *M. Thezard*. 185

HISTOIRE DU DROIT.

Les barbares et leurs lois, par *M. L. de Valroger*. 65

Suite. 165

Suite. 271

Droit public d'Athènes; compte rendu par *M. Gide*. 561

Comment le sénatus-consulte Velléien disparut dans la législation française. par *M. Arth. Desjardins*. 148

Histoire de la juridiction consulaire; compte rendu par *M. L. M. de Valroger*. 475

SUJETS DIVERS.

Biographie de Claude Groulart, par *M. Sorbier*. 456

Digitized by Google

TABLE DES NOMS DES AUTEURS

DES PRINCIPAUX ARTICLES.

MM.		Pages.
BATBIE.	Réponse à M. Duverger	213
—	Note sur des observations de M. Huc.	361
BERTAULD.	Compte rendu d'un ouvrage de M. Pont (Traité des petits contrats).	378
BRESSOLLES.	De la légitimation des enfants nés avant un mariage contracté avec dispense.	193
CAËN.	Compte rendu d'un livre de M. Debacq (De l'action du ministère public en matière civile).	90
CAILLEMER.	Compte rendu d'un livre de M. Bertauld.	552
CARDOT.	De l'action civile contre les magistrats.	257
Alb. DESJARDINS.	Compte rendu d'un traité de la séparation des patrimoines par M. Barafort.	281
Arth. DESJARDINS.	Comment le sénatus-consulte Velléien disparut dans la législation française.	148
DUCROCQ.	Examen de la jurisprudence en matière d'extradition.	1
DUVERGER.	Observations sur un mémoire de M. Batbie, intitulé *Révision du Code Napoléon*.	128
—	Suite.	328
—	Suite.	402
GÉRARDIN.	Examen de la jurisprudence en matière de régime dotal.	97
GIDE.	Compte rendu d'un livre de M. Perrot (Droit public d'Athènes).	561
HUC.	Sur la célébration des mariages à propos d'une opinion de M. Batbie.	346
LATREILLE.	De la propriété des petits cours d'eau.	489
LESENNE.	De l'obligation de la femme de résider avec le mari.	513

Digitized by Google

MM. Pages.

MACHELARD. . . . . De la distinction des servitudes prédiales en droit romain. 262

NICOLLET. . . . . Le mineur soumis à la tutelle légale de son père perd-il le rang attaché à l'hypothèque légale de la mère lorsque cette hypothèque n'est pas inscrite dans l'année du décès de celle-ci? 289

REVERCHON. . . . . De la diffamation contenue dans la délibération d'un conseil municipal; compétence. 112

ROBINET DE CLÉRY. . . . Une lacune du régime hypothécaire en Algérie. 365

SERRIGNY . . . . . Des attributions des conseils généraux. . . 232

SORBIER. . . . . Biographie de Cl. Groulart. 456

THÉZARD. . . . . Compte rendu d'un livre de M. Accarias (Théorie des contrats innomés). 185

THIERCELIN. . . . . Du caractère de l'obligation du locataire et du droit du locateur. 37

L. DE VALROGER. . . . . Les barbares et leurs lois. 65

— Suite. 165

— Suite. 271

L. M. DE VALROGER. . . D'un projet de loi sur les ventes judiciaires. 251

— Compte rendu d'un livre de M. Genevois (Histoire de la juridiction consulaire). . . 475

Paris. — Imprimé par E. Thuno et Cᵉ 26 rue Racine.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

OUVRAGES ÉLÉMENTAIRES

DE PROFESSEURS DES FACULTÉS DE DROIT.

MM. BOITARD ET FAUSTIN-HÉLIE

LEÇONS SUR LES CODES PÉNAL ET D'INSTRUCTION CRIMINELLE, contenant le Commentaire complet de ces Codes. 8e édition, 1863. 1 vol. in-8. . . . . 9 fr.

MM. BOITARD ET COLMET-DAAGE

LEÇONS DE PROCÉDURE CIVILE. 9e édition, 1865. 2 vol. in-8. 17 fr.

M. BRAVARD-VEYRIÈRES

MANUEL DE DROIT COMMERCIAL. 6e édition, 1861. 1 vol. in-8. 9 fr.

EXPLICATION analytique et synthétique des lois nouvelles SUR LES COMMANDITES par actions, l'arbitrage forcé et les concordats par abandon. 1857. 1 vol. in-8. . . . . 3 fr.

M. BRAVARD-VEYRIÈRES

DE L'ÉTUDE ET DE L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ROMAIN. 1837. 1 vol. in-8. . . . . 4 fr. 50

M. BUFNOIR

THÉORIE DE LA CONDITION dans les divers actes juridiques suivant le droit romain. 1866. 1 vol. in-8. 7 fr.

M. ESCHBACH

INTRODUCTION GÉNÉRALE A L'ÉTUDE DU DROIT. 3e édition, 1856. 1 vol. in-8. . . . . 9 fr.

M. LAFERRIÈRE

COURS DU DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF, suivi d'un appendice contenant le Programme d'examen du Droit administratif. 5e édit., 1860. 2 vol. in-8. . . . . 18 fr.

EXPLICATION

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU CODE NAPOLÉON

PAR **V. MARCADÉ**, CONTINUÉE PAR **PAUL PONT**

12 vol. in-8. — 105 fr.

Avec **SELIGMAN**. 13 vol. in-8. — 114 fr.

DIVISION DE L'OUVRAGE :

V. MARCADÉ

1° Art. 1-1831. 5e édition, 2e tirage. 6 vol. . . . . 54 fr.

2° Art. 2219-2281. Titre de la PRESCRIPTION. Nouvelle édition. . . 6 fr.

PAUL PONT

3° Art. 2092-2218. PRIVILÉGES, HYPOTHÈQUES, etc. 2 vol. . . . . 18 fr.

4° Art. 1874-2091. PETITS CONTRATS et CONTRAINTE PAR CORPS. 2 vol. 18 fr.

5° Art. 1832-1873. SOCIÉTÉS CIVILES ET COMMERCIALES. 1 vol. (*prochainement sous presse*).

SELIGMAN

Explication de la loi du 21 mai 1858 sur les SAISIES IMMOBILIÈRES et la PROCÉDURE D'ORDRE. 1 vol . . . . . 12 fr.

Le prix du même ouvrage sera réduit à 9 fr., s'il est pris avec les Priviléges et Hypothèques de PAUL PONT, soit les 3 vol ensemble . . . . 27 fr.

Paris. — Imprimé par E. THUNOT et Ce, 26, rue Racine.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google